

اِخْتِلافُ أَبِي حَنِيفَةَ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى

لِلْإِمَامِ أَبِي يُوسُفَ يَعْقُوبَ بْنِ إِبرَاهِيمَ الْأَنْصَارِيِّ

الْمُتَوَفَى سَنَةَ ١٨٢ مِنْ الْهَجْرَةِ

عَنِّي بِتَصْحِيحِهِ وَالتَّعْلِيقِ عَلَيْهِ

أَبُو الْوَفَاءِ الْأَفْغَانِي

الْمُدْرَسُ بِالْمُدْرَسَةِ النَّظَامِيَّةِ بِالْهِنْدِ

عُيِّنَتْ بِمَشْرِئِ لَجْنَةِ إِحْيَاءِ الْمَعَارِفِ النَّعْمَانِيَّةِ
بِحَيْدَرَأَبَادِ الدِّكْنِ بِالْهِنْدِ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى : حَقُّ النِّشْرِ وَالتَّقْلِيلُ مَحْفُوظٌ

أَشْرَفَ عَلَى طَبْعِهِ

رِضْوَانُ مُحَمَّدِ بْنِ رِضْوَانَ

وَكَوَيْلُ لَجْنَةِ إِحْيَاءِ الْمَعَارِفِ النَّعْمَانِيَّةِ بِمِصْرَ

مِطْبَعَةُ الْوَفَاءِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون » وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون »

والصلاة والسلام على النبي الامي الذي قال : « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين

وبعد : فان اختلاف الأئمة في الفروع رحمة للأمة . وقد اختلف الصحابة رضی الله عنهم ومن بعدهم من الفقهاء فيها ، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج . وقد أخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم ، والخطيب في الفقيه والمتفقه كثيراً من الآثار الواردة في ذلك ، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً ، اختلاف الأئمة في كتبهم ، لثلا يقع الخواص في خرق الإجماع والعوام في الحرج . وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة ، فانه ألف كتاب « اختلاف الصحابة » ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضي كتاب « اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى » ثم صنف أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي « اختلاف يعقوب وزفر » ثم صنف الطحاوي « اختلاف الفقهاء » عامة ، وابن المنذر « الإشراف في الخلاف » كذلك ، وابن جرير « اختلاف الفقهاء » أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل . وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذاه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما ، كسفيان الثوري ، وحسن بن صالح ، وشريك بن عبد الله ، وابن

شبرمة وأما لهم من مجتهدى الكوفة ، لأنه تفقه عليهما ، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه ، ليبين قوله معهما متفقاً مع هذا ومختلفاً مع ذلك مرة وبالعكس مرة أخرى ، وإيكون ذخيرة وذكرى لمن بعده . وقد رواه عنه صاحبه الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني ، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقى كتبه . قال فى المجلد ٣٠ من مبسوطه فى صفحة ١٢٨ : « اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبى ليلى فى الابتداء فعلم بين يديه تسع سنين ، ثم تحول إلى مجلس أبى (١) حنيفة . . . قيل : كان سبب تحول أبى يوسف إلى مجلس أبى حنيفة أنه كان تبع ابن أبى ليلى وقد شهد ملاك رجل فله اثر السكر أخذ أبو يوسف رحمه الله بعضاً ففكره له ذلك ابن أبى ليلى وأغلظ له القول وقال : أما علمت أن هذا لا يحل ؟ ! جاء أبو يوسف إلى أبى حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال : لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مع أصحابه فى ملاك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع ذلك ويقول لأصحابه : « اتهبوا » . وبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع لما نحر مائه بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال : « من شاء أن يقتطع فليقتطع » فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً . فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبى حنيفة . وقيل : كان سبب ذلك أنه كان يناظر

(١) وهو كبير على الصحيح ، ولازمه ثمانى عشرة سنة ، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبى ليلى فى الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد

زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمه الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر»

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهرس فهرس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دارالكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلى من القاهرة، فإن في كتاب الوديعه وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعه والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعه وفي العارية، وطابت منه نسخ الباين فأرسلهما إلى فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقا في كل الكتاب لاجتماعاً في مقام واحد، وأظنه من صنيع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطة من بلاغاته، فأحبت لجنة إحياء المعارف العثمانية أن تنشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند،

فارتأت اللجنة أن أسعى في تصحيحه ، وشرح بعض غريب لغته ، وإيضاح بعض مسائله ، وتخريج أحاديثه ، وتراجم رجاله ، فقامت بهذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعى وقلة بضاعتي ، مستعينا بالله تعالى ، فصححته بقدر وسعى ، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجها ما وجدت إلى ذلك سييلا ، ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها ، وترجمت رجال أحاديثه ناقلا من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب ، والخلاصة ، وتعجيل المنفعة ، ولسان الميزان وغيرها ، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير ، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم ، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه ، ومجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرهما

أما ترجمة راوى الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه ببلوغ الأمانى لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوشى حفظه الله فانه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء وأما ترجمة الإمام الأعظم ، وأبي يوسف القاضى مصنف الكتاب فبسوطة في كتب المناقب ، والطبقات ، والرجال ، والتاريخ ، تركناها هنا للاختصار

وأما ابن أبى ليلى فهو : محمد ، بن عبدالرحمن ، بن أبى ليلى ، الأنصارى ، الكوفى ، الفقيه ، قاضى الكوفة ، وأحد الأعلام . قال فى تهذيب التهذيب : روى عن أخيه عيسى ، وابن أخيه عبدالله بن عيسى ، ونافع مولى ابن عمر وأبى الزبير المكي ، وعطاء بن أبى رباح ، وعطية ، وعمرو بن مرة ، وسلمة

ابن كهيل ، والمنهال بن عمرو ، وداود بن علي ، والأجلح بن عبد الله ، وإسماعيل بن أمية ، وحميضة بن الشمردل . قلت : والشعبي ، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ ، روى عنه ابنه عمران ، وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى ، وزائدة ، وابن جريج ، وقيس بن الربيع ، وشعبة ، والثوري ، وعيسى بن يونس ، ومحمد بن الربيع ، ووكيع ، وعلي بن هاشم ابن البريد ، وعبيد الله بن موسى ، وأبو نعيم . قلت : وأبو يوسف القاضي ، وعبد الله بن داود الخريبي ، وآخرون . قلت : روى له الأربعة في سننهم ، وكان ثقة ، صدوقا . وتكلموا في حفظه فقالوا : شغل بالقضاء فساء حفظه . قال في تهذيب التهذيب : وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس : ذكره زائدة فقال : كان أفقه أهل الدنيا . وقال العجلي : كان فقيها ، صاحب سنة ، صدوقا جائز الحديث ، وكان عالما بالقرآن ، وكان من أحسب الناس ، وكان جميلا نبيلا . وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي . وقال ابن أبي خيثمة عن يحيى بن معين : ليس بذاك . وقال أبو زرعة : ليس بأقوى ما يكون . وقال أبو حاتم : محله الصدق ، كان سيء الحفظ ، شغل بالقضاء فساء حفظه ، لا يتهم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ ، يكتب حديثه ولا يحتج به الخ . قال الحافظ ابن حجر : قلت : له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري ، قال : أول من سأل علي كتاب القاضي البيهقي ابن أبي ليلى وسوار . قال ابن حبان : كان فاحش الخطأ ؛ ردىء الحفظ ، فكثرت المناكير في روايته ، تركه أحمد ، ويحيى «أى ابن معين» وقال الدارقطني : كان ردىء الحفظ ، كثير الوهم . وقال ابن جرير الطبري : لا يحتج به . وقال يعقوب بن سفيان : ثقة عدل ، في حديثه بعض المقال ، لين الحديث عندهم .

وقال صالح بن أحمد عن ابن المدينى : كان سيء الحفظ ، واهى الحديث .
وقال أبو أحمد الحاكم : عامة أحاديثه مقلوبة . وقال الساجى : كان سيء
الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح فى قضائه فأما فى الحديث فلم يكن حجة .
قال : وكان الثورى يقول : فقهاؤنا ابن أبى ليل ، وابن شبرمة . وقال ابن
خزيمة : ليس بالحافظ وإن كان فقيها عالما . قلت : وذكره فى تذكرة الحفاظ
فقال ج ١ ص ١٦٢ « قال أحمد بن يونس : كان ابن أبى ليلى أفه أهل
الدنيا . وقال العجلي : كان فقيها صدوقا ، صاحب سنة ، جازئ الحديث ،
قارئا ، عالما بالقرآن ، قرأ عليه حمزة . وقال أبو زرعة : ليس هو بأقوى
ما يكون . وقال أحمد : مضطرب الحديث . قلت : حديثه فى وزن الحسن
ولا يرتقى إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة . مات فى شهر
رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة . وقال أبو حفص الأبار عنه : قال :
دخلت على عطاء فجعل يسألنى وكان أصحابه أنكروا ذلك فقال : وما
تسكرون ؟ هو أعلم منى »

وأبوه عبدالرحمن من كبار التابعين ، الثقات الأعلام ، ولد لست بقين
من خلافة عمر رضى الله عنه . وجده أبو ليلى الأنصارى ، يقال اسمه يسار ،
وقيل بلال ، وقيل بليل ، وقيل داود ، وقيل أوس ، وقيل لا يحفظ اسمه .
له صحبة ، شهد أحدا وما بعدها . كان من أصحاب على رضى الله عنه ، شهد معه
مشاهده وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه ، رضى الله عنه

أبو الوفا الأفغانى

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال (١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال : إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوبا فخاطه قباء فقال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتني بقباء ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول :

(١) هذه مسائل الاجارة من باب ضمان الأجير المشترك . ولم يذكر في الأصل لفظ الباب ، ولم يذكر الحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسى في مواضع من كتابه

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال الامام السرخسى ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه « ولو أسلم ثوبا إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمه قيمة ثوبه ، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي له » لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلا عن المختصر « فان قال رب الثوب : أمرتك بقميص ، وقال الخياط : أمرتني بقباء ، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا » . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله : القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان . والشافعى : يقول لإنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في المعقود عليه . ولو اختلفا في البدل تحالفا إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه . ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الأجر دينا في ذمة رب الثوب ، فلا يكون هذا في معنى ماود الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ « وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط » لأنه هو المدعى الاذن في خياطة القباء ، والوفاء بالمعقود عليه ، وتقرر

القول قول الخياط في ذلك . ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم^(١) . وبلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال : لا ضمان عليهم^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه . قال أبو يوسف : هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب

الأجر في ذمة صاحب الثوب « وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب » لأنه منكر للزيادة « والبينة بينة الخياط » لأنها تثبت الزيادة الخ (١) قال السرخسى في مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال « وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه » كالحرق الغالب . وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره . والمشترك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد ، ولهذا يسمى مشتركا ، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه ، وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه الخ . ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل ، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه

(٢) قلت : أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفى عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك » . وأخرجه الكلأعى من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الامام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب

قال أبو يوسف : وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها وأعتقها المشتري فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع والعتق فيها باطل لا يجوز ، لأنه باع مالا يملك وأعتق مالا يملك . وبهذا تأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلسه البائع له ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له أن يردها بعد الوطء . وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه (٢)

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً كما هو مصرح في المبسوط ، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة

(٢) أخرجه الامام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه في الرجل يشتري الجارية فيوطئها ثم يجد بها عيباً قال « لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب » قال محمد : وبه تأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيباً دلسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذى حدث عند المشتري . ولا يأخذ للعيب أرشاً ولا للوطء عقراً ، فان شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وأخرجه ابن خسرو البلخى من طريق بن المظفر ، والحسن بن زياد عن الامام عن الهيثم عن الشعبي عن علي رضى الله عنه . وأخرجه البيهقي عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد « أى الصادق » عن أبيه عن علي بن حسين عن علي رضى الله عنه ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيباً قال : لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء ، وإن لم يكن وطئها ردها . قال : وكذلك رواه سفیان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد ، وهو مرسل . علي بن حسين لم يدرك

قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة والعيب من الثمن (١). وبه نأخذ (٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يردها ويرد معها مهر مثلها (٣): والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو أن المشتري لم يبطأ الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة.

جده عليا. وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي بن علي رضي الله عنهم، وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الامام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصا مراسيل مثل الامام زين العابدين رضي الله عنه وكفناك به حجة! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧: قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن، لانه صار متمسوذا بالمنع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجح بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجح بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع: ردها على فأنا أَرْضَى بذلك فحينئذ يردها، لأن المانع من الرد حقه، وقد زال حين رضى به

(٢) وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردها بكراً كانت أو ثيباً، ويرد معها عتمها عشر قيمتها إن كانت بكراً أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً. قلت: وروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أفاده السرخسي بعد ذلك

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردّها ويرد ما نقصها العيب الذي حدث عنده

قال: وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل ففضى له بها القاضي، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذى باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها. قال محمد: وكيف يرجع عليه فى قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذى وطئ؟ أ رأيت لو باعه ثوبا فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟

قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يحتتم على الرد جميعا. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضى الآخر بالعيب. وبه نأخذ (٢)

قال: وإذا اشترى الرجل أرضا فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئا، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول (٣): الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول:

(١) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضا كما أفاده السرخسى فى باب خيار العيب

ص ٥٠ ج ١٣

(٣) زاد السرخسى النخل للمشتري والثمره للبائع الخ

« من اشترى نخلا له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري ،
ومن اشترى عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري^(١) » :
وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثمرة للمشتري وإن لم يشترط ،
لأن ثمرة النخل من النخل

(١) أخرجه الامام محمد في كتاب الآثار عن الامام عن أبي الزبير عن جابر
رفعه : « من باع نخلا مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط
المشتري » . وأخرجه الحارثي وابن خسر وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشعري
والكلعي أيضاً . وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده عنه . وأخرجه
الحارثي والأشعري والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ : « من
باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا مؤبراً
فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » . وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ :
« من باع نخلا مؤبراً أو عبداً فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط
المبتاع » . وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ « من باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع
إلا أن يشترط المبتاع »

(٢) قال السرخسي : وبه أخذ محمد رحمه الله ، ثم قال : وقال أبو يوسف : إن
اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقتها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل . فأما على
قول محمد وهو قول أبي حنيفة ، لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها ، سواء ذكر
الحقوق أو لم يذكر ، بمنزلة المتاع في الأرض . وحكى أن أبا يوسف رحمه الله
كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضراً في المجلس فلما ذكر هذا القول
قال محمد رحمه الله في نفسه : ليس الأمر كما يتوهم ، فبادأه المستملي هنا من يخالفك
رحمك الله ! فقال : من هو ؟ فقال : محمد بن الحسن ؛ فقال أبو يوسف : ما نصنع
بقول رجل قعد عن العلم ! أي ترك الاختلاف إلينا ، فسكت محمد ولم يجبه احتراماً
له . قلت : ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا
الكتاب ، والله أعلم

باب الاختلاف فى العيب

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيبا وقال : بعتنى وهذا العيب به فأذكر ذلك البائع ، فعلى المشتري البيئته ، فان لم تكن له بيئته فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به ، فان قال البائع : أنا أرد اليمين عليه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لأرد اليمين عليه ولا يحولها (١) عن الموضع الذى وضعها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، إلا أنه إذا اتهم المدعى رد اليمين عليه فيقال : احلف وردها ، فان أبى أن يحلف لم يقبل منه وقضى عليه

قال : وإذا باع الرجل بيعاً فبرىء من كل عيب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده بعيب كائنا ما كان . ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برىء من كل شجة ، ولو أبرأه من القروح برىء من كل قرحة ؟ وبهذا نأخذ (٣) . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لا يبرأ من ذلك حتى يسمى العيوب كلها بأسمائها ، ولم يذكر أن يضع يده عليها (٤)

(١) قوله « ولا يحولها » الخ أى لا يغير تقسيم النبي صلى الله عليه وسلم حيث جعل البيئته على المدعى واليمين على المدعى عليه

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضا

(٣) وهو قول أبى حنيفة . والمسألة فى ص ٩٥ ج ١٣ من مبسوط السرخسى

(٤) وروى أصحاب المناقب فى مناظرة جرت بينه وبين الامام بين يدى

قال : وإذا اشترى الرجل دابة أو خادما أو دارا أو ثوبا أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى ، ولم يكن للدعى على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذى فى يديه ذلك المتاع على دعواه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين عليه ألبتة بالله ما لهذا فيه حق . وبهذا نأخذ (١) وكان ابن أبى لىلى يقول : عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقا قال وإذا اشترى المشتري ببعاء (٢) على أن البائع بالخيار شهرا أو على أن المشتري بالخيار شهرا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير (٣) » فجعل الخيار كله

منصور الخليفة أنه كان مذهبه أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الامام أبو يوسف بقوله : ولم يذكر الخ

(١) وهو قول محمد أيضا كما فى المبسوط

(٢) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئا

(٣) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن زفر عن الامام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة رضى الله عنه ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها صاعا من تمر لا سمراء » وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال : « من ابتاع » وأخرجه الطحاوى من طريق هشام وحيب عن ابن سيرين . وأخرجه من طريق سهيل بن أبى صالح عن أييه عن أبى هريرة مثله بلفظ « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فان شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » وروى هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها الخيار المشتري وقت . أخرجه مسلم والبخارى والطحاوى وغيرهم

على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول :
الخيار جائز شهر آكان أو سنة . وبه نأخذ^(٢)

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً^(٣) على أن البائع بالخيار يوماً وقبضه
المشترى فهلك عنده ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المشتري
ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع . وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول :
هو أمين في ذلك لأشئ عليه فيه . ولو أن الخيار كان للمشترى فهلك عنده
فهو عليه بضمن الذي اشتراه به في قولهما

قال : وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر
ثم وجد بها عيباً قد كان البائع دلسه له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : لا يستطيع أن يرد ما بقى منها ولا يرجع بما نقصها العيب ، ويقول^(٥) :
رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك . وبه نأخذ^(٦) . وكان ابن

(١) قال السرخسى في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث : ففيه دليل
جواز اشتراط الخيار في البيع . والمراد خيار الشرط ، ولهذا قدره بثلاثة أيام .
وذكر التحميل لبيان السبب الداعى إلى شرط الخيار . والمحفلة : التى اجتمع اللب
في ضرعها . والمحفل : هو المجموع اه أى قال بالخيار حسب ما قدره صلى الله عليه
وسلم بقوله « ثلاثة أيام »

(٢) وهو قول محمد أيضاً كما فى المبسوط ص ٤١ ج ١٣

(٣) كذا فى الأصل ولعله تصحيف شيئاً

(٤) وهو قول محمد أيضاً . أفاده السرخسى فى مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣

(٥) كذا فى الأصل يعنى يقول له

(٦) وبه أخذ محمد أيضاً

أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها^(١). وكذلك قولهما^(٢) في الثياب وفي كل بيع^(٣)

قال: وإذا اشترى الرجل عبداً واشترط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه نأخذ^(٤). وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نحو من ذلك^(٥) وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والشرط باطل.

(١) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أى رد ما بقى منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه بنتقصان العيب الخ
(٢) أى قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى

(٣) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقى، لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنتقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعض بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنتقصان العيب في الكل، لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنتقصان العيب فأكل البعض أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقى ويرجع بنتقصان العيب فيما أكله — من المبسوط ص ١٠٢ ج ١٣

(٤) وبه أخذ الامام محمد بن الحسن أيضاً — أفاده السرخسى في مبسوطه ج ١٣ ص ١٣

(٥) أخرج الامام محمد في الآثار عن الامام عن أبي العطف عن الزهرى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهى أحق بها بثمنها، فلقى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقر بها ولأحد فيها شرط، فرجع عبد الله

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال من [ثمن] ^(١) يبيع فخل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تأخيره جائز وهو إلى الأجل الآخر الذى أخره عنه ^(٢) وبه نأخذ ^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فى ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما

قال : ولو أن رجلا كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط ^(٤) عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبى ليلى يقول : له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه ^(٥) وبه نأخذ ^(٦) . ولو أن الطالب قال : إن ظهر لى فله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئا فى قولهم جميعاً

فردها . قال محمد : وبه نأخذ . كل شرط كان فى بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد . وأخرجه الحسن بن زياد أيضا فى مسنده وابن خسرو من طريقه . وأخرجه البيهقى فى سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله - الحديث

- (١) زيادة من مبسوط الامام السرخسى
- (٢) زاد فى المبسوط : وليس له أن يرجع عنه
- (٣) وهو قول محمد رضى الله عنه - أفاده السرخسى
- (٤) وفى المبسوط : حق حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه

(٥) ونسخة المبسوط : لأنه كان مضطرا فى هذا الحط

(٦) لم يذكر السرخسى خلافا فى هذه المسألة

قال : وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء (١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : البيع فاسد . وكان ابن أبى ليلى يقول : البيع جائز والمال حال . وكذلك قولهما فى كل مبيع إلى أجل لا يعرف ، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب ، وإن كان قائماً بعينه فقال المشتري : لأريد الأجل وأنا أنقد لك المال ، جاز ذلك له فى هذا كاه فى قول أبى حنيفة .
وبه تأخذ (٢)

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل ثمراً قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها (٣) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز ، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلاً (٤) يقصله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً ؟
قال : ولو اشترى شيئاً من الطلع (٥) حين يخرج فقطعه كان جائزاً .

(١) وفى المبسوط ص ٢٧ ج ١٣ : وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج ، فهذا كله باطل . بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما

(٢) وهو قول محمد رضى الله عنه

(٣) وفى المبسوط من أصناف الثمار كلها

(٤) قال فى المغرب : القصل : قطع الشيء ، ومنه : التفصيل وهو الشعير يحز

أخضر لعلف الدواب . والفتهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز

(٥) الطلع : ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق . وأطلع النخل :

خرج طلعه . والكم بالكسر والضم : غلاف الثمرة — مغرب

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه ، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لاخير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ . ولا بأس ^(٢) إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على البائع تركه إلى أجل . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : لاخير في هذا الشرط

قال : وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النخل للمشتري تبعاً للأرض والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري ^(٣) » . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : الثمرة للمشتري ^(٤)

قال : وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة ^(٥) من دار غير مقسومة أو عشرة أجرة ^(٦) من أرض غير مقسومة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان

(١) وبه أخذ محمد بن الحسن — أفاده السرخسى

(٢) وعبر في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتى : فإن كانت الثمار قد بلغت يعنى انتهى عظمها فاشترها بشرط الترك إلى أجل معلوم ، فالعقد فاسد عندنا . وقال ابن أبي ليلى : العقد صحيح

(٣) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه

(٤) هذه المسألة مكررة ، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الالفاظ

(٥) قال الامام السرخسى : المكسرة : المعروفة من الذراع بين الناس ، سميت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة

(٦) الأجرة جمع الجريب وهو ستون ذراعاً في ستين . قال قدامة في كتاب

يقول في ذلك كله : البيع باطل ، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار ، وكم هو من الأرض ، وأين موضعه من الدار والأرض ؟ . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : هو جائز في البيع . وبه نأخذ^(١) . وإن كانت الدار لاتكون مائة ذراع ، فالمشترى بالخيار إن شاء ردها ، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع^(٢) في قول ابن أبي ليلى قال : وإن كانت الآجام^(٣) محظورة وقد حضر^(٤) فيها سمك فاشتراه رجل

الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجريب . والأشد طول ستين ذراعا والذراع ست قبضات ، والقبضة أربع أصابع ، قال : وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً ، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشراء ، وهي خمسة وعشرون رطلاً - مغرب

(١) وبه أخذ الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني . أفاده في المبسوط

(٢) قال الامام السرخسي في مبسوطه ج ٣٠ ص ١٣٦ ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشترى ، وإن كانت مائة ذراع فالمشترى يكون شريكاً بقدر مائة ذراع ، وإن كانت دون مائة ذراع فالمشترى أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمي جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع ، فإذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعا لم يكن عليه إلا نصف الثمن . وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعا واختار أخذها لزمه جميع الثمن ، لأن هناك الثمن بمقابلة العين ، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة ، وهنا الثمن بمقابلة ماسمي من الذراع هتاليان مقدار المعقود عليه ، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن ، كما لو اشترى عشرة أقفزة حنطة فوجدها خمسة أقفزة

(٣) الأجمة : الشجر الملتف ، والجمع أجم وآجام . وقولهم : بيع السمك في الأجمة يريدون البطيخة التي هي منبت القصب أو اليراع - مغرب . والبطيخة : مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى ، واليراع : واحده يراعة القصب ، والقصب التي ينفخ فيها الراعي (٤) الحظر : المنع ، ومنه حظيرة الابل - مغرب

فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك . بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وإبراهيم النخعى (١) . وبه نأخذ . وكان ابن أبى لیلی يقول فى هذا : شراؤه جائز لا بأس به . وكذلك بلغنا عن عمر ابن عبدالعزیز (٢)

قال : وإذا حبس الرجل فى الدين وفسه القاضى فباع فى السجن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله جائز ، ولا يباع شىء من ماله فى الدين ، وليس بهد

(١) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقى من طريق أحمد بن حنبل عن محمد بن سمالك عن يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع عن عبدالله بن مسعود مرفوعاً : « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر » قال : فيه إرسال ، والصحيح مرواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبدالله . ورواه أيضاً سفیان الثورى عن يزيد موقوفاً على عبدالله : أنه كره بيع السمك فى الماء . وأخرجه أبو يوسف فى الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفاً : « لا تبيعوا السمك فى الماء فإنه غرر » . وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه هو أيضاً فى خراجه عن العلاء بن المسيب ابن رافع عن الحارث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « لا تبيعوا السمك فى الماء فإنه غرر » . وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد فى آثاره عن الامام عن حماد عنه أنه كان يكره بيع صيد الآجام وقصها

(٢) أخرجه أبو يوسف فى خراجه ومحمد فى آثاره عن الامام عن حماد قال : طلبت إلى عبدالحميد بن عبدالرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام ، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضاً بطريق آخر ، وأخرج جوازه عن على رضى الله عنه أيضاً

التفليس شيء، ألا ترى أن الرجل قد يفاس اليوم ويصيب غداً مالا؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقته بعد التفليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العتاقة في الحجر، وليس من قبيل التفليس ولا نجيز شيئاً سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضى دينه^(١) قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعاً يبيعه ولم يسم بالتقيد ولا بالنسيئة فباعه بالنسيئة، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: هو جائز^(٢). وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشتري وفيه فضل عن القيمة، فإنه يرد ذلك الفضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعته وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعته ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: القول قول البائع مع يمينه^(٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشتري. وبه نأخذ

(١) قلت: وبه قال محمد أيضاً كما ذكره السرخسى في مبسوطه ج ٣٠ ص ١٣٧ قال: إلا أن عند أبي حنيفة لاسعاية على العبد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية في قيمته للغرماء. وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين، وقد بينا ذلك في كتاب الحجر

(٢) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع

(٣) وهو قول الامام محمد أيضاً — أفاده في المبسوط

(٤) كذا هنا وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال:

قال : وإذا باع الرجل جارية تجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يردها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : يردها ويأخذ قيمتها صحيحة ، وكذلك قولهما فى جميع الرقيق والحيوان والعروض

قال : وإذا اشترى الرجل بيعاً (٢) لغيره بأمره فوجد به عيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يخاصم المشتري ولا نبالى أحضر الأمر أم لا ، ولا نكلف المشتري أن يحضر الأمر ، ولا نرى على المشتري يميناً إن قال البائع [إن] (٣) الأمر قد رضى بالعيب . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الأمر فيحلف مارضى بالعيب ، ولو كان غائباً بغير ذلك البلد . وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلاداً يتجر فيها بذلك المال ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ما اشترى من ذلك فوجد به عيها فله أن يرده ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئاً من ذلك حتى يحضر رب المال

« وإذا اختلف البائع والمشتري فى اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما »
فالتانى هنا هو المشتري دون البائع ؛ ولم تذكر هذه المسألة فى كتاب الاختلاف من المبسوط ، والله أعلم

(١) وهو قول محمد أيضاً كما فى المبسوط

(٢) وفى المبسوط ذكرت هذه المسألة فى ص ١٢٠ ج ١٣ وفرض المسألة

فى جارية

(٣) زيادة من المبسوط

(٤) وبه أخذ صاحبه أيضاً

فيحلف بالله مارضى بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان غائباً ، أرأيت (١)
رجلا أمر رجلا فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيخاصم البائع
في ذلك أو نكلفه أن يحضر الأمر رب المتاع ؟ ألا ترى أن خصمه في هذا
البائع ولا نكلفه أن يحضر الأمر ولا خصومة بينه وبينه ، فكذلك إذا أمره
فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع ، أرأيت لو اشترى متاعاً ولم يره أكان
للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر ؟ أرأيت لو
اشترى عبداً فوجده أعمى قبل أن يقبضه فقال : لا حاجة لي فيه ، أما كان
له أن يرده بهذا حتى يحضر الأمر ؟ بلى له أن يرده ولا يحضر الأمر

قال : وإذا باع الرجل ثوباً مرابحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب
ثم وجد البائع قد خانته في المرابحة وزاد عليه في المرابحة ، فإن أبا حنيفة
رضى الله عنه كان يقول : البيع جائز لأنه قد باع الثوب ، ولو كان عنده
الثوب كان له أن يرده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه شيئاً . وكان ابن
أبي ليلى يقول : تحط عنه تلك الخيانة وحصتها من الربح . وبه نأخذ

قال : وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب (٢) قبل أن ينقد
الثن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : له أن يردها إن أقام البيذة

(١) هذه الحجج حجاج للإمام أبي حنيفة أوردتها على ابن أبي ليلى إما
أبو يوسف أو محمد ، فسقط ، والله أعلم ، عن الكتاب قبل قوله « أرأيت » شيء
نحو قال محمد وكيف يتول ابن أبي ليلى : لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة
أرأيت الخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة . بل ربما يكون
سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه ، كما سيأتي نظير لذلك . والله أعلم
(٢) وفي نسخة المبسوط فطعن فيها بعيب

على العيب . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا أقبل شهوداً (٢) على العيب حتى يتقدم الثمن

قال : وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أر متاعاً من غير حاجة ولا عذر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك على ابنه . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يبعه عليه جائز

قال : وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك عليه ، وليس سكوتة إقراراً بالبيع . وبه نأخذ (٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول : سكوتة إقرار بالبيع

قال : وإذا باع الرجل نصيباً من داره ولم يسم ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهماً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز البيع على هذا الوجه . وقال أبو يوسف رحمه الله : له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك (٥) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : إذا كانت الدار

(١) وهو قول محمد — أفاده السرخسى

(٢) وفي نسخة المبسوط : لا تقبل شهادة شهود

(٣) وبه أخذ محمد أيضاً

(٤) وبه قال محمد

(٥) قال الامام السرخسى : فتمد بيننا هذه المسألة بوجودها فى آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبى يوسف وحده ، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به ، وذكر هناك قول محمد مع أبى يوسف ، فعن محمد فيه روايتان . قلت : ومسألة الشفعة فى ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك : قول محمد مضطرب فيه ، ذكره فى بعض النسخ مع أبى يوسف وفى البعض مع أبى حنيفة

بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم ، وإن كانت أسهما كثيرة^(١) لم يجز حتى يسمى

قال : وإذا ختم الرجل على شراء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول : سلمت . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : ذلك تسليم للبيع

قال : وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم^(٢) قد غلبوهم عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز^(٣) ويرد على أهله وبه نأخذ^(٤) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : هو جائز . وإن كان المتاع قائما بعينه والرقيق قائما بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعوه رد على أهله في قلوبهم جميعاً

قال : وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاها نصراني آخر^(٥) وأقام عليها بيعة من النصراني ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادتهم ، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم^(٦) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء . وبه نأخذ^(٧)

(١) وفي المبسوط : سهاما كثيرة

(٢) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل

(٣) وفي المبسوط لم يجز البيع

(٤) أى وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضا

(٥) وفي نسخة المبسوط : فاستحقها نصراني من يد المشتري بيعة من النصراني

(٦) وهو قول محمد أيضا

(٧) قال الامام السرخسي : وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة

في كتاب الشهادات ، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف

قال : وإذا باع الرجل بيعاً من بعض ورثته وهو مريض ، فان
أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه .
وكان ابن أبي ليلى يقول : بيعه جائز بالقيمة . وبه نأخذ

قال : وإذا استهلك الرجل ما لولده وولده كبير والرجل غنى ، فان
أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو دين على الأب . وبه نأخذ (١) . وكان
ابن أبي ليلى يقول : لا يكون له دين على أبيه ، وما استهلك أبوه من شيء
لابنه فلا ضمان عليه فيه

قال : وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد
بالعبد عيباً وقد ماتت الجارية عند المشتري ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه
كان يقول : يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة ، فان كانت
الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد ، ردت الجارية وقسم قيمة
العبد على المائة الدرهم وعلى قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم
ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى
يقول فى هذا : إن وجد بالعبد عيباً رده وأخذ قيمته صحيحاً . وكذلك
الدرهم التي هي فى يديه (٢)

قال : وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما
ووجد بالثوب الآخر عيباً فأراد رده فاختلفا فى قيمة الهالك ، فان
أباحنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول البائع مع يمينه . وبه نأخذ (٣)
وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المشتري

(١) وبه قال محمد أيضاً

(٢) وفى المبسوط : وكانت الدرهم للذى فى يديه

(٣) وبه يأخذ الامام محمد أيضاً

باب المضاربة

قال أبو يوسف رضى الله عنه: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فيبينهما نصفان، أو أعطاه داراً يبينها ويؤاجرها على أن أجرتها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللذى باع أجر مثله على رب الثوب ولباني الدار أجر مثله على رب الدار. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والنخل للعاملة

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فإدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينه، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا ضمان على المضارب، وما ادان من ذلك فهو جائز. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسبة. ولو أقرضه قرضاً ضمن في قولهما جميعاً، لأن القرض ليس من المضاربة. حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصارى^(٣). عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه

(١) وهو قول محمد أيضاً. وهي مسألة باب المضاربة بالعروض، نظيرها في ص ٣٥ ج ٢٢ من المبسوط

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً، وهي مسألة باب ما يجوز للمضارب في المضاربة من المبسوط ج ٢٢ ص ٣١ - ٣٩

(٣) كذا في الأصل. وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الامام أبي يوسف عن الامام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصارى عن أبيه عن جده أن عمر

أعطى مال یتیم مضاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدري كيف قاطعه على
الريح (١). حدثنا أبو حنيفة عن عبدالله بن علي (٢) عن العلاء بن عبدالرحمن

أعطاه مالا مضاربة لیتیم . وكذا أخرجه ابن خسرو من طريق أبي عمرو بن
حبیب عن الامام . وأخرجه أبو يوسف في آثاره عن الامام عن حميد بن عبدالله
عن أبيه أن عمر — الحديث ، فسقط «ابن عبيد» . وكذا «عن جده» من أصل الآثار ،
والله أعلم . قال في تعجيل المنفعة : حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن
عمر دفع إليه مالا مضاربة ، وعنه ابنه عبدالله ، وليث بن أبي سليم وثنه ابن حبان
قلت : سمى ابن حبان ابنه عبدالله بن عبدالرحمن . وذكر في ترجمة عبدالله بن حميد .
ذكره ابن حبان في الثقات . وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد . قلت :
ذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وفي تهذيب التهذيب : عبدالله بن عبيد الأنصاري
روى عن سعيد بن جبیر ، وعنه داود بن أبي هند . وقال أبو حاتم : عبدالله بن عبيد
الأنصاري قال : كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين . قلت : وكذا قال
البخاري . وذكر الخطيب أنه وهم قال : وإنما هو عبدالله بن عبيد بن عمير . بين
ذلك سفیان الثوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث . قلت ففي الاسناد
قلب : إما عند طلحة وابن خسرو ، وإما عند أبي يوسف في كتابيه كما في التعجيل ،
ولعل الصواب ما ذكره دنا وفي الآثار ، وكما ذكره في التهذيب ، لأن محمداً روى
هذا الحديث في كتاب المضاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف ، والله
أعلم . وأخرجه ابن أبي شيبة بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال : عن عبدالله بن
حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال یتیم مضاربة فطلب فيه
فأصاب فقامه الفضل — كنز العمال

(١) وفي رواية كتاب المضاربة زاد فعلم له بالعراق ، وكان يأتي الحجاز

فكان يقاسم عمر الريح

(٢) هو عبدالله بن علي أبو أيوب الافريقي الكوفي الأزرق . روى عن

صفوان بن سليم وعاصم بن بهدلة والزهرى وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم

ابن يعقوب (١) عن أبيه (٢) أن عثمان بن عفان رضى الله عنه أعطى مالا مقارضة يعنى مضاربة (٣) . حدثنا أبو خيفة عن حماد عن إبراهيم أن

وابن المنكدر وجماعة ، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن سنان وأبويوسف القاضى . ذكره ابن حبان فى الثقات . قال ابن معين : ليس به بأس . قلت : روى له أبو داود والترمذى — من تهذيب التهذيب . قلت : فوساطة الامام ببنه وبين أبي يوسف لعلها من الناسخ

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقي ، أبو شبل المدنى مولى الحرقة من جهينة . روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبى السائب ونعيم المجرم وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم ، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن اسحاق ومالك ومسلم الزنجى وشعبة والسفيانان وغيرهم . روى له الخمسة والبخارى فى جزئه . ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال الواقدى : كان ثقة ، كثير الحديث . وقال النسائى : ليس به بأس ، وكذلك روى عن ابن معين . مات سنة ١٣٩ — من التهذيب

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهنى المدنى . روى عن أبيه وأبى هريرة وأبى سعيد وابن عباس وابن عمر وهانىء مولى على ، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمى ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان ، ذكره ابن حبان فى الثقات . وقال العجلي : تابعى ، ثقة . أخرج له الخمسة والبخارى فى جزء القراءة . قلت : أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة ، وعنه ابنه والوليد بن الوليد — من التهذيب

(٣) أخرجه الامام محمد أيضاً فى كتاب المضاربة من «الأصل» . وأخرجه مالك أيضاً فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل فى مال لعثمان بن عفان على أن الربح بينهما . قلت : فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا . وجده يعقوب هو الذى عمل لسيدنا عثمان رضى الله عنه . وكذلك أخرجه البيهقى

عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أعطى زيد بن خليفة (١) مالا مقارضة (٢)

باب السلم

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: هو جائز. بلغنا عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال: ذلك المعروف الحسن الجميل (٣). وبه نأخذ (٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله (٥)

(١) زيد بن خليفة اليشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخارى في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن خليفة أنه لقي هرم بن حيان العبدى وابن مسعود رضى الله عنهما

(٢) وأخرجه هو في آثاره أيضا والامام محمد أيضاً في المضاربة من «الأصل» وابن خسرو في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً

(٣) أخرجه الامام أبو يوسف في آثاره عن الامام عن أبى عمر عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلته ويأخذ بعض رأس ماله فتقال: «لابأس به ذلك المعروف الحسن الجميل». وأخرجه الامام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه. وأخرجه ابن خسرو أيضاً من طريق الحسن. وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعاً «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلته فلا بأس به»

(٤) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسى في ص ١٣٠ ج ١٢ من المبسوط قال الامام السرخسى: ووجبتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً كما في بيع العين

(٥) قلت: وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما كما ذكره السرخسى، واستدل هو

قال : وإذا أسلم الرجل في اللحم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاخير فيه لأنه غير معروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا بأس به . ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال : إذا بين مواضع اللحم فقال : أنفاذ وجنوب ونحو هذا ، فهو جائز^(١)

بقوله عليه السلام « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » وتأويل الحديث أن النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه ، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال أفاده السرخسى

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ١٢ ص ١٣٧ : ولا خير فى السلم فى اللحم لأنه مختلف فى قول أبى حنيفة ، ولا بأس به فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أسلم فى موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز . وقيل لاخلاف بينهما وبين أبى حنيفة فيما إذا أطلق السلم فى اللحم وهما لا يجوزان ذلك ، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعا ، وأبو حنيفة يجوز ذلك . والأصح أن الخلاف ثابت وأن عند أبى حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعا معلوما . وجه قولها أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات ، وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربا بعله الوزن الخ . ولأبى حنيفة طريقتان : أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المتصود وعلى ما ليس بمتصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المتصود بتفاوت ما ليس بمتصود منه ، ألا ترى أنه تجرى المما كسة بين البائع والمشتري فى ذلك ؟ فالمشتري يطالبه بالزرع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة ؛ والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن ، بخلاف النوى الذى فى التمر فالمنازعة لا تجرى فى نزع ذلك ، وكذلك العظم الذى فى الآلية . وعلى هذا الطريق إذا أسلم فى لحم منزوع العظم يجوز عند أبى حنيفة وهو اختيار ابن شجاع ، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ، ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة ، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة ، وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء ، والسلم لا يكون إلا مؤجلا

باب الشفعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا شفعة في ذلك لأحد . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح ؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم للشفيع منها ، وبم يأخذ بالقيمة أو بالمهر ؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولهما جميعاً

فلا يدرى أن عند حلول الحول على أى صفة تكون ؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض . فالمرض لا يكون إلا حالاً ، وفي الحال صفة السمن والهزال معلومة ، وبخلاف الشحم والآلية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة ، وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وغيره) سواء وهو الأصح

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسى ج ٥ ص ٧٨ قال : وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق ، والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقاً بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة . وهذا لأن الشفيع إنما يملك بمثل السبب الذى به تملك المشتري ، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر ، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذى تملك به الممتلك ، فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقاً فلو أخذها الشفيع كان شراءً فكان سبباً آخر ، بخلاف ما إذا اشتراها فبعد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة العبد ببيع العبد في أنه شراء مطلق

قال أبو يوسف : وإذا اشترى الرجل داراً وبنى فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقض . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وثمان الدار الذى اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له (٢)

قال : وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لصاحب الشفعة الشفعة حين علم ، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه

(١) وبه يأخذ صاحبه

(٢) وفي المبسوط : وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطى الثمن وقيمة البناء إن شاء . وهو رواية عن أبي يوسف

(٣) قلت : وهو قول محمد أيضاً . والمسألة فى كتاب الشفعة من المبسوط ج ١٤ ص ١١٦ - ١١٧ قال : واستدل علماؤنا فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة لمن وثبها » وفى رواية : « الشفعة كمنشطة العقال إن أخذ بها ثبتت وإلا ذهبت » الخ . قال : وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له . وفى هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتروقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخى . وذكر ابن رستم فى نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته ، وعلى هذا عامة مشائخنا إلا أن هشاماً ذكر فى نوادره أنه إذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفيعته مالم يتناول سكوته ، وكذلك إن قال كما سمع : سبحان الله ، أو قال الله أكبر ، أو قال : خلصنى الله من فلان ، ثم طلب الشفعة ، فهو على شفيعته . وكذلك إذا قال : بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها ، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته ، وهو على حقه إذا طلب . وقال ابن أبي ليلى : إن طال

قال : وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري ونقده الثمن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : العهدة على المشتري الذى أخذ المال . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع

قال : وإذا كانت الشفعة لليتيم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : له الشفعة . فإن كان له وصى أخذها بالشفعة ، وإن لم يكن له وصى كان على شفيعته إذا أدرك ، فإن لم يطلب الوصى الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفعة إذا أدرك . وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاشفعة للصغير

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الشفعة للشريك الذى لم يقاسم ، وهى بعده للشريك الذى قاسم والطريق واحدة بينهما وهى بعده للجار الملاصق . وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء ، فهم شركاء فى الشفعة^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول بقول أبى حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير

إلى ثلاثة أيام فله الشفعة . وقال سفيان : له مهلة يوم من حين سمع . وقال شريك هو على شفيعته مالم يبطلها صريحا أو دلالة ، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له (١) وهو قول محمد أيضا . وهذه المسألة فى كتاب الشفعة من مبسوط السرخسى ج ١٤ ص ١٠١ قال : « وقال ابن أبى ليلى عهدته على البائع فى الوجهين جميعا » أى أخذها من المشتري أو من البائع سواء عنده فى العهدة (٢) قال السرخسى : وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك ، وهو قول ابن أبى ليلى . وقد بينها فى الشفعة

(٣) وهو قول صاحبيه . والمسألة فى ص ٩٤ ج ١٤ من المبسوط . قال : وهذا أى قول على وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجع إليه ابن أبى ليلى الخ ونحن أخذنا بقول عمر

المؤمنين^(١) يأمره أن لا يقضى بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم ، فأخذ بذلك وكان لا يقضى إلا للشريك الذي لم يقاسم . وهذا قول أهل الحجاز . وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضى الله عنهم

قال : وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو على شفيعته ، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : لاشفعة له لأنه قد سلم ورضى . أخبرنا الحسن بن عمارة^(٣) عن الحكم^(٤) عن مجاهد^(٥) عن ابن عباس

(١) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويح في سنة ١٣٣ . ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالجدري وله ٣٣ سنة . ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر — من دول الاسلام

(٢) وهو قول صاحبه أيضاً . والمسألة في ص ١٠٥ من شفعة المبسوط ج ١٤ مبسوطة مشروحة مدللة

(٣) الحسن بن عمارة البجلي مولا هم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد . روى عن ابن أبي مليكة والحكم ، وعنه السفينان والقطان وخلق . روى له أبو داود وابن ماجه والبخارى تعليقا . مات سنة ١٥٣

(٤) الحكم بن عتيبة بمشاة فوقية ثم تحتية مصغرا الكندي مولا هم ، أبو محمد وأبو عبدالله الكوفي ، أحد الأعلام . روى عن أبي جحيفة وعبدالله بن شداد وأبي وائل وابن أبي ليلى وخلق ، وعنه منصور والأعمش ومسرر وأبو حنيفة وشعبة وأبو عوانة وكثيرون . قال العجلي : ثقة ثبت ، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة واتباع . مات سنة ١١٥ عن خمس وستين سنة . قلت : روى له الستة وغيرهم

(٥) مجاهد بن جبر باسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي المقرئ

رضى الله عنهما وعن الحكم عن يحيى (١) عن علي رضى الله عنه أنهما قالوا :
«لاشفعة إلا لشريك لم يقاسم» (٢) . أخبرنا الحجاج بن أرطاة (٣) عن عمرو
ابن شعيب (٤) عن عمرو بن الشريد (٥) عن أبيه قال : قال رسول الله صلى

الامام المفسر . روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة ، وقيل لم يسمع
منها ، وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق ، وثمة ابن معين ،
وأبوزرعة . مات بمكة سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد . ومولده سنة ٢١ .
قلت : هو من رواية الصحاح والسنن وغيرها من الكتب

(١) هو يحيى بن الجزار العرنى الكوفى ، لقبه زبان . روى عن علي وأبي بن
كعب وابن عباس والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ايلي وابن
أخى زينب التميمية ، وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى بن
أبي عائشة وغيرهم . روى له الأربعة ومسلم . قال الجوزجاني : كان غاليلامفرطاً .
وقال أبوزرعة والنسائي وأبو حاتم : ثمة ، وذكره ابن حبان فى الثقات . من انهذيب
(٢) وأخرجه الامام محمد أيضاً فى كتاب الشفعة من «الأصل»

(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعى الكوفى ، قاضى البصرة أحدالاعلام .
روى عن يحيى بن أبى كثير ولم يسمع منه والشعبى وعطاء وعكرمة ، وعنه منصور
شيخه وشعبة وعبدالرزاق . قلت : وأبو يوسف وخلق . قلت : روى له الخمسة
والبخارى فى الأدب . قال أبو حاتم : إذا قال حدثنا فهو صالح لانتتاب فى حفظه
وصدقه . مات سنة ١٤٧ — من الخلاصة

(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمى ،
أبو إبراهيم المدنى ، نزيل الطائف . روى عن أبيه عن جده وطلوس وعن الربيع
بنت معوذ وطائفة ، وعنه عمرو بن دينار وقتادة والزهرى وأيوب وخلق . قال
النطان : إذا روى عن الثقات فهو ثمة يحتج به . أخرج له الأربعة والبخارى
فى جزء قراءته . مات سنة ١١٨ — خلاصة

(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى أبو الوليد الطائفى . روى عن أبيه

الله عليه وسلم «الجار أحق بسقبة ما كان»^(١). أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية^(٢) عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضى الله عنهم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بسقبة»^(٣).

وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكبير بن الأشج، وثقه العجلي. روى له الخمسة والترمذى فى الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفى شهد بيعة الرضوان، له أحاديث، انفرد له مسلم بحديثين. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن — من الخلاصة

(١) أخرجه النسائى وابن ماجه والطحاوى عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريد عن أبيه، ولفظه أن رجلا قال: يا رسول الله أرضى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا للجوار. فقال: «الجوار أحق بسقبة ما كان» وأخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع

(٢) هو عبد الكريم بن قيس أبى المخارق أبى أمية البصرى المعلم. روى عن أنس وعمرو بن سعيد بن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحبان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبى الزبير المكى، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبى ليلى ومالك وحماد بن سلمة والثورى وإسرائيل وشريك وابن عيينة. روى له البخارى تعليقا ومسلم متابعا والترمذى والنسائى وابن ماجه وأبو داود فى مسائل أحمد، ضعفوه. مات سنة ١٢٦

(٣) قلت: وأخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره أيضاً عن الامام عن عبد الكريم عن المسور عن أبى رافع: وأخرجه الامام محمد فى كتاب الشفعة من «الأصل» وفى كتاب «الحجة» وفى كتاب «الآثار» أيضا. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضا عنه فى مسنده. وأخرجه أبو محمد الحارثى فى مسنده عن الامام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطها. وأخرجه الكلاعى

باب المزارعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلاً أو شجراً معاملة بالنصف ، أو أقل من ذلك أو أكثر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل ^(١) لأنه استأجره بشيء مجهول . يقول : رأيت لو لم يخرج من

من طريق الوهبي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر وابن خثيرو في مسانيدهم عنه . قلت : وأخرجه البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ، وكذلك الطحاوى عن ابن عيينة عن ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال : أتاني المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد نسكبي فقال : انطلق بنا إلى سعد ، فأتينا سعد بن أبي وقاص في داره فجاء أبو رافع فقال للمسور : ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره ؟ فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعائة دينار مقطعة أو منجمة . فقال : سبحان الله ! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقدا ، ولولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الجار أحق بسقبة » ما بعته . قلت : واختلف فيه على الامام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف ، ومن أخرج مثله ، بين ذلك الحارثي . ورافع مولى سعد ، ورافع بن خديج وهم . والسقب : القرب ، والصاد لغة ، وهما مصدران : سقبت الدار ، وصقبت . والصاقب : القريب . ومعنى الحديث : الجار أحق بسقبة : أى أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جاراً ملاصقاً . والباء من صلة أحق لا للتسيب — كذا في المغرب

(١) وحجة الامام حديث جابر « نهى عن المخابرة والمحاولة والمزابنة » . أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره ، وحديث ثابت بن الضحاك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة

ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : ذلك كله جائز ، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خيبر بالنصف فكانت كذلك حتى قبض ، وخلافة أبي بكر رضى الله عنه ، وعامة خلافة عمر رضى الله عنه (١) . وبه نأخذ . وإنما قياس هذا عندنا مع الأثر ، ألا ترى أن الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة بالنصف ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن عبد الله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضى الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة (٢) . وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص ، وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهم كانا يعطيان أرضهما بالربيع والثلث (٣)

وقال : لا بأس بها » أخرجه مسلم . والمخابرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي ، فانه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه . وأخرج أحاديث الباب أصحاب السنن ، والبيهقي واستوعبها (١) قلت : أخرجه الشيخان والترمذى وابن ماجه من حديث ابن عمر ، والطحاوى من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضى الله عنهم (٢) وقد مر ما رواه عنهم مع تخريج الآثار

(٣) أخرج الطحاوى عن موسى بن طلحة قال : أقطع عثمان رضى الله عنه نفراً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله بن مسعود ، والزبير بن العوام ، وسعد ابن مالك ، وأسامة . فكان جارى منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والربيع . وفى رواية عنه : أقطع عبد الله أرضاً وأقطع سعداً أرضاً ، وأقطع خباباً أرضاً ، وأقطع صهيباً أرضاً ، فكل جارى كانا يزارعان بالثلث والربيع . وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث يعلى بن

باب الدعوى والصلح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل فى دار أو دين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعى عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى هذا جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى لا يجوز الصلح على الإنكار . وكان أبو حنيفة يقول : كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح

قال : وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الصلح جائز . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب . وكذلك لو أخرج عنه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك

قال : وإذا صالح الرجل الرجل^(١) أو باع يبعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه^(٢) . وبه نأخذ^(٣) . وكان ابن أبى ليلى

منية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث ، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر ، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث . وأخرج عن أبى جعفر محمد بن على أنه قال : كان أبو بكر الصديق رضى الله عنه يعطى الأرض على الشطر

(١) زاد السرخسى : عن صلح

(٢) وفى نسخة السرخسى : البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا فى الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبى يوسف يأتي

يقول: أقبل البيئة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف^(١): إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البيئة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلا لو شهر على رجل سيفاً فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقبل منه البيئة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

قال: وإذا اختصم الرجلان إلى القاضى فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضى وقامت عليه بذلك بيئته وهو يجحد ذلك، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبى ليلى يقول: لا إقرار لمن خصم إلا عندى، ولا صلح لهما إلا عندى قال: وإذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقتضى بينهما بقضاء مخالف لرأى القاضى فارتفعوا إلى ذلك القاضى، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: ينبغى لذلك القاضى أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه نأخذ. وكان ابن أبى ليلى يقول: حكمه عليهما جائز.

بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسى، واختلف في أخرى فبينه بقوله: وقال: أبو يوسف الخ

(١) وفي المبسوط: وقال أبو يوسف ومحمد الخ. قال وهذه تنبئ على ما بينا في كتاب الإكراه أن عند أبى حنيفة الإكراه إنما يتحقق من السلطان، فاكراه الرعية ليس باكراه. وعندهما يتحقق الإكراه ممن يكون قادراً على إيقاع ما هدد به، سلطاناً كان أو غيره، فيتولان الثابت بالبيئة كالثابت بالمعاقبة ولو غائباً، أو أكرهه من عامله على ذلك، لم يمتنع نفوذه عند أبى حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه فكذلك إذا ثبت بالبيئة إلا أن عندهما إنما تقبل البيئة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله له، وعند ابن أبى ليلى تقبل بيئته على ذلك على كل حال لأنه أثبت السبب المبطل للعقد وألددف بصفة اللزوم بالبيئة، والثابت بالبيئة كالثابت باتفاق الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، فكذلك إذا ثبت بالبيئة (٢) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسى

باب الصدقة والهبة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت : أكرهنى وجادت على ذلك بيينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل بيبتها وأمضى عايمها ما فعات من ذلك . وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : أقبل بيبتها على ذلك وأبطل ما صنعت (١)

قال : وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهى دار فبناها بناء وأعظم النفقة ، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو صنعها حتى شبت وأدركت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يرجع الواهب فى شىء من ذلك ولا فى كل هبة زادت عند صاحبها خيرا ، ألا ترى أنه قد حدث فيها فى ملك الموهوبة له شىء لم يكن فى ملك الواهب ؟ أرأيت إن ولدت الجارية ولدا

(١) قلت : روى الامام محمد فى « الأصل » عن على رضى الله عنه قال : إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هى ادعت أنه استكرهها ، وإن وهب هولها شيئاً فليس له أن يرجع فى الهبة . قال السرخسى فى ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر : وليس مراده الفرق بينهما فى الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكروهة مسموع ، ومن الزوج لا ، لاعتبار الظاهر . فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها . والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته ، وفيه دليل أن الهبة من المكروه لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه لعدم الرضا . قلت : وهذا دليل ابن أبى ليلى ولم يبين دليل الامام وصاحبيه ولا مذهبهم

كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط ؟ وبهذا نأخذ (١) . وكان

ابن أبي ليلى يقول : له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد

قال : وإذا وهب الرجل جارية لابنه ، وابنه كبير وهو في عياله ، فإن

أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز إلا أن يقبض . وبه نأخذ (٢) .

وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان الولد في عيال أبيه وإن كان قد أدرك

فهذه الهبة جائزة . وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته

قال : وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً وذلك المتاع مما يقسم

فقبضاه جميعاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز تلك الهبة

إلا أن يقسم لكل واحد منهما منها حصته . وكان ابن أبي ليلى يقول : الهبة

جائزة . وبه نأخذ (٣) . وإذا وهب اثنان لواحد وقبض فهو جائز . وقال

أبو يوسف : هما سواء

(١) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة

ج ١٢ ص ٨٣ قال : وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة ، فإن كان لا يعد زيادة

كالآرى أو يعد نقصاناً كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المساع

وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه . وفي المغرب : الآرى : هو المعلق عند

العمامة ، وهو مراد الفقهاء . وتستعار الأوارى بالمكان لما يتخذ في الحوانيت من

تلك الأحياز للحبوب وغيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام . والكاشانة : الطرز

وقيل : بيت الصيف . بالفارسية كالفيطون الصيفي عندنا

(٢) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في ص ٥١ ج ١٢ في كتاب الهبة من

المبسوط . واستدل فقال : لأنه لا بد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض

الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم ، ألا ترى أن الغنى

يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك إلا بالاعلام

مالم يسلبه إليه ؟ وذكرت المسألة في ص ٦١ أيضاً من هذا الجهد

(٣) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في ص ٦٧ ج ١٢ من المبسوط

قال : وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الهبة في هذا باطلة ولا تجوز . وبه نأخذ ^(١) . ومن حجته في ذلك أنه قال : لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة . بلغنا عن أبي بكر رضى الله عنه « أنه نحل ^(٢) عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها جزاذا عشرين وسقا ^(٣) من نخل له بالعالية ^(٤) فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكوني قبضته وإنما هو مال الوارث ^(٥) »

(١) والمسألة متفق عليها وهي في ص ٦٩ ج ١٢ من المبسوط

(٢) في المغرب : نخله كذا : أى أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض ، ومنه حديث أبي بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة رضى الله عنها الخ والنخل والنحلة : العطية

(٣) الجذاذ بضم الجيم وبكسرها وبمعجمتين وبمهملتين : ما قطع من الشيء . قال الزرقانى : هو صفة للثمر من جذ إذا قطع . يعنى أن ذلك يحد منها . وقال الأصمعى : هذه أرض جاد مائة وسق أى يحد ذلك منها . فهو صفة النخل التى وهبها ثمرتها ، يريد نخلا يحد منها عشرون وسقا ، والوسق ستون صاعا

(٤) قال المولى على القارى : أى بتمرية من العوالى حول المدينة

(٥) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » والامام مالك فى « الموطأ » عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : إن أبا بكر كان نخلها جزاذا عشرين وسقا من ماله بالعالية ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقرا منك ، وإنى كنت نخلتك من مالى جزاذا عشرين وسقا ، فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك ، فأنما اليوم مال وارث ، وإنما هو أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله . قالت : يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته لإنما هى أسماء فن الأخرى ؟ قال : ذو بطن خارجة أراها جارية ، فولدت جارية . وكذلك أخرجه الطحاوى

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته . وكان إبراهيم يقول : لا تجوز الهبة إلا مقبوضة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كانت الدار بين رجلين فوهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة ، وهذه معلومة وهذه جائزة . وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، ولا يفسد الهبة أنها كانت لاثنين . وبه نأخذ قال : وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة . وبه نأخذ ^(١) . وليس هذا بمنزلة الشراء . وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض . ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولها جميعاً

قال : وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الهبة في هذا باطلة لا تجوز . وبه نأخذ . قال : ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك

وقال فيه : بالغاية . وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق : كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلي ، فلما مرض قال لها : اجعليه في الميراث . وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوى ولفظهما ، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة ، ومن طريق حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضى الله عنها

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد ١٤

من المبسوط

في ذكر وصيته (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا
الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح (٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما
قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة» (٣)، حدثنا الأعمش (٤) عن إبراهيم (٥)

(١) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط
(٢) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجندی اليماني نزيل مكة، أحد الفقهاء
والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلًا، وعن أسامة وعائشة
وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجابر
وابن جريح. كان ثقة، عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. وهو من
رواة الستة. مات سنة ١١٤

(٣) قال البيهقي: وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تجوز
الصدقة حتى تقبض، وعن معاذ وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض. وأخرج
عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الانحلال ميراث مالم يقبض» وحديث
أبي بكر في نحلة التمر يدل على ذلك

(٤) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكامل مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ
والقراء. رأى أنسًا، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي
وائل وإبراهيم النخعي والتميمي والشعبي وخلق. وعنه أبو إسحاق والحكم بن شيوخه
وسليمان التيمي من أقرانه وسفيان وشعبة وزائدة ووکیع وخلق. مات سنة ١٤٨
عن أربع وثمانين سنة. قلت: هو من رواة الستة والأثبات الحفاظ العدول
(٥) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه،
يرسل كثيراً، وروى عن علمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله
ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين، وقيل مرسل عنها. وعنه الحكم ومنصور
والأعمش وابن عون وزيد وحمام وخلق. روى له الستة. كان لا يتكلم إلا إذا
سئل. قال المغيرة: كنا نهابه كما يهاب الأمير، كان يتوقى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطونة
قال ابن معين: مراسيل إبراهيم أحب إلى من مراسيل الشعبي. قال ابن عبد البر:

قال : « الصدقة إذا علمت جازت ، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة ^(١) . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما فى الصدقة . وهو قول أبى يوسف رضى الله عنه

باب فى الودیعة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتني أن أدفنها إلى فلان فدفعتها إليه ، [وقال رب الودیعة : كذبت لم آمرک] ^(٢) قال أبو حنيفة رضى الله عنه : فالقول ^(٣) قول رب

« كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول ، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح » وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذى خرج الترمذى فى العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال : « قلت لإبراهيم النخعي أسند لى عن عبد الله بن مسعود ، فقال إبراهيم : إذا حدثتک عن رجل عن عبد الله فهو الذى سميت ، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله . ثم قال ابن عبد البر : إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الامام (يعنى مالكا) أولى من مستده لأن فى هذا الخبر ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيدہ ، وهو لعمري كذلك إلا أن إبراهيم ليس بمعیار على غيره » نقله ابن رجب فى شرح علل الترمذى . قال الشعبي : ماترك إبراهيم بعده أعلم منه . مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ رضى الله عنه

(١) وأخرجه فى الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم وعن الامام عن الهيثم عن شريح مثله

(٢) زيادة من كتاب الودیعة من «الأصل»

(٣) وفى بعض نسخ «الأصل» فى كتاب الودیعة : فان أبا حنيفة كان يقول :

القول ، والباقي سواء

الوديعة ، والمستودع ضامن . وبهذا نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول :
القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين

قال : وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه ، فقال
المستودع : لأدرى أيكما استودعني هذه الوديعة ؟ وأبي أن يحلف لها وليس
لواحد منهما بينة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعطيها تلك
الوديعة بينهما نصفين ويضمن لها أخرى مثلها بينهما ، لأنه ألتف ما استودع
بجهالته^(٢) ألا ترى أنه لو قال : هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا
كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذى أقر له بها أولا ويضمن للآخر مثل
ذلك^(٣) ؟ لأن قوله ألتفه ، وكذلك الأول إنما ألتفه هو بجهله . وبهذا
نأخذ^(٤) . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الأول : ليس عليه شيء والوديعة
المضاربة بينهما نصفان^(٥)

قال : وإذا استودع الرجل وديعة فاستودعها المستودع غيره [فى غير
عياله]^(٦) فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لأنه خالف .
وبهذا نأخذ^(٧) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه

(١) وفى بعض نسخ « الأصل » وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد

(٢) وفى نسخة بجهله

(٣) وفى نسخة مثلها

(٤) وفى نسخة « الأصل » وبه أخذ أبو يوسف ومحمد

(٥) كذا فى الأصل . وفى بعض نسخ كتاب الوديعة من « الأصل » : والوديعة

بينهما ، وهو الصواب ، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً

(٦) زيادة من « الأصل »

(٧) وفى بعض نسخ كتاب الوديعة : وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده :

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الآخر إن هلك الوديعة عنده . وقال أبو يوسف

قال : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة^(١) بغير عينها ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : جميع ماترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص . وبهذا نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه^(٣) . وقال أبو حنيفة : فان كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك ، وكذلك قال ابن أبي ليلى . حدثنا أبو حنيفة عن حماد^(٤) عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين : إنهم يتحاصون الغرماء وأصحاب الوديعة^(٥) . حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر^(٦) ، وعطاء مثل ذلك . حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله

ومحمد : لرب الوديعة أن يضمن الآخر ، فان ضمنه يرجع على الأول ، وإن ضمن

الأول لم يرجع على الآخر

(١) وفي نسخة « الأصل » وعنده وديعة

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد — « الأصل »

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة : لأن الوديعة مجهولة وليست

بشيء بعينه

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري ، أبو إسماعيل الكوفي الفقيه .

روى عن أنس وأبي وأئيل وإبراهيم النخعي وخلق . وعنه ابنه إسماعيل ومغيرة

وأبو حنيفة ومسعر وشعبة ، وتفقهوا به . روى له الخمسة ، والبخارى علق له قوله ،

وأخرج عنه في الأدب . وثقه النسائي وغيره . مات سنة ١٢٠

(٥) وأخرجه في الآثار أيضا ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين

سواء في مال الميت يتحاصون جميعا . وأخرجه الامام محمد أيضا في آثاره وزاد

في آخره : إذالم تعرفا بأعيانها المضاربة والوديعة . قال : وبه نأخذ ، وهو قول

أبي حنيفة

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الامام المشهور بالباقر

باب في الرهن

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهنا فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعا على يدي غيره

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالحصص على قدر أموالهم (٢)، وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعاً فيه واحد

قال: وإذا رهن الرجل الرجل داراً ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وبهذا نأخذ (٣) حفظى عنه في كل رهن فاسد وقع فاسداً فصاحب المال أحق به حتى يستوفى ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو

أبو جعفر الهاشمى المدنى. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهرى ومخول بن راشد وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد:

ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤

(١) والمسألة متفق عليها، وهى فى كتاب الرهن ص ٧٧ ج ٢١ من

مبسوط السرخسى

(٢) والمسألة فى ص ٧٨ ج ٢١ من مبسوط السرخسى

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهى فى ص ٧١ ج ٢١ من المبسوط

رهن بالحق . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيباً غير مقسوم ؟

قال : وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للعدل أن يبيع الرهن ، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء ، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للرتن خاصة في قياس قوله

قال : وإذا ارتن الرجل داراً ثم أجزها باذن الراهن ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يؤجزها وصارت بمنزلة العارية . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : هي رهن على حالها والغلة للرتن قضاء من حقه

باب الحوالة والكفالة في الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للطالب أن يأخذ أيهما شاء ، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذى أحاله لأنه قد أبرأه . وبهذا نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس له أن يأخذ الذى عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه حيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال

(١) وهو قول محمد أيضاً . والمسألة في ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط

(٢) وهي متفق عليها بين أصحابنا . وذكرت في باب رهن الحيوان من المبسوط

مع اختلاف ابن أبي ليلى في ص ١٠٨ ج ٢١

(٣) وهذه المسألة في كتاب الكفالة في ص ١٢٦ ج ٢٠ باب الكفالة

إلا أن يكون المال قد توى قبل الكفيل فيرجع به على الذى عليه الأصل ، وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء فى قولهما جميعا

قال : وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هما كفيلان جميعا . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : قد برىء الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر^(٢)

قال : وإذا كفّل الرجل للرجل بدين غير مسمى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو له ضامن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يجوز عليه الضمان فى ذلك لأنه ضمن شيئا مجهولا غير مسمى ، وهو أن يقول الرجل للرجل : أضمن ما قضى لك به القاضى عليه من شيء وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود ، وما أشبه هذا ، فهو مجهول^(٣)

بالأعيان ، وهى متفق عليها بين أصحابنا . وذكرها السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من كتابه أيضا فى ج ٣٠ ص ١٤٦

(١) وهو قول محمد أيضا ، أفاده سياق قول السرخسى حيث لم يذكر خلافاً

(٢) قال السرخسى فى ص ١٧٠ ج ١٩ من مبسوطه محتجا لابن أبى ليلى : لأن الطالب يصير معرضاً عن كفالاته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر ، وهذا فاسد فإنه يأخذ الكفيل الثانى بصد زيادة التوثيق فلا يصير مبرئاً للكفيل الأول . ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد أن يكون إحضار شيء واحد مستحقاً على شخصين

(٣) قال السرخسى : ولكننا نقول : الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفضى إلى المنازعة وهذه الجهالة لانفضى إلى تمكن المنازعة ، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصل ، ولا تتمكن المنازعة بعد ما ثبت له الحق

قال : وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئاً ولا قليلاً ولا كثيراً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان على الكفيل لأن الدين قد توى . وكان ابن أبي ليلى يقول : الكفيل ضامن . وبه نأخذ (١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن ترك شيئاً ضمن الكفيل بقدر ماترك ، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به قال : وإذا كفل العبد المأذون له فى التجارة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : كفاله باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : كفاله جائزة لأنها من التجارة (٢) وإذا أفلس المحتال عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يرجع على الذى أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا (٣) . وكان ابن أبي ليلى

على الأصل بالحجة أو بعد ما قضى القاضى به عليه . ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالاقرار فإنه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب ، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك جهالة المكفول به

(١) قال : السرخسى فى ص ١٤٧ ج ٣٠ ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت

المفلس وبيننا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى

(٢) قال السرخسى : ولكننا نقول : لا تصح كفالة المأذون فى حالة رقه لأن

الحاجز وهو الرق قائم وإنما انفك الحجر عنه بالاذن فيما هو تجارة أو من

توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحرزون عن الكفالة

غاية التحرز ؛ لهذا قيل : « الكفالة أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها

غرامة » فبقى محجوراً عنه على ما كان قبل الاذن ، ثم الكفالة بمنزلة الاقراض فإنه

تبرع فى الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تبرع بأداء المال وإن

كان له حق الرجوع فى المال ، والعبد المأذون لا يملك الاقراض فى حق مولاه

فكذلك الكفالة

(٣) قال السرخسى فى ص ٤٧ ج ٢٠ من مبسوطه : وحجتنا فى ذلك

رحمه الله يقول : له أن يرجع إذا أفلس . وبهذا نأخذ (١)
قال : وإذا وكل الرجل رجلا في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك
غيره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس له ذلك إلا أن يكون
صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى
يقول : له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض ، فأما إذا كان صحيحا
حاضرا فلا . قال أبو حنيفة : وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه
بخصوصه غيره وإنما رضى بخصوصه ؟!

حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتمل عليه يموت مفلسا قال : يعود
الدين إلى ذمة المحيل ، لا توى على مال امرئ مسلم . والمعنى فيه أن هذه براءة بالنتقل
فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذى انتقل حقه
عنه ، كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين

(١) قال فى المبسوط ص ٤٧ ج ٢٠ : وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله يقول بأن الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقه فلا يعود المال إليه بحال . وقال
فى ص ١٤٨ ج ٣٠ : وهو بناء على ما سبق أن عند ابن أبي ليلى التفليس
والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه ، لأن عنده بعد التفليس والحبس
لا ينفذ عتق المديون فى عبده فتحقق التوى بالتفليس على قوله . وإذا توى المال على
المحتمل عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام « لا توى على مال
امرئ مسلم » فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين
الشيء أو محله الذى كان قائما به ، والدين لا يتصور هلا كه حقيقة ومحله قائم بعد
الافلاس ببقاء الذمة محلا صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء بالافلاس
وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال غاد وواضح ، بخلاف ما إذا مات فان
محل الدين خرج من أن يكون صالحا لالتزام الحقوق ، وإنما يتأخر الاستيفاء
فى أحكام الدنيا ، بخلاف ما لو وجد وحلف ، لأن الدين هناك صار تاويا حكما حتى
انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم
(٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده السرخسي

قال : وإذا وكل رجل رجلاً بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر على صاحبه الذى وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذى يخاصمه أقر به عند القاضي ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إقراره جائز . قال محمد : وبه نأخذ . وإن أقر عند غير القاضى وشهد عليه الشهود ، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة . وقال أبو يوسف : إقراره عند القاضى وعند غيره جائز عليه ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : إقراره باطل

قال : وإذا وكل رجل رجلاً فى قصاص أو حد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تقبل فى ذلك وكالة ^(٢) . وبه نأخذ . وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال : أقبل من الوكيل البينة فى الدعوى فى الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعى . وقال أبو يوسف : لا أقبل البينة إلا من المدعى ولا أقبل فى ذلك وكيلاً . وكان ابن أبى ليلى يقول : تقبل فى ذلك الوكالة

قال : وإذا كانت فى يدى رجل دار فادعاه رجل فقال الذى هو فى يديه وكلنى بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لأصدقه إلا أن يأتى على ذلك بيئته وأجعله خصماً . وبه نأخذ ^(٣)

(١) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال : يصح إقراره فى مجلس القاضى ، وفى غير مجلس القاضى إقراره باطل . والمسألة فى ص ٤ ج ١٩ من المبسوط
(٢) قال فى المبسوط ص ٩ ج ١٩ : والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق

(٣) وبه قال الامام محمد أيضاً . والمسألة فى كتاب الدعوى ص ٣٧ ج ١٧ من المبسوط ، ونلفظه : ولو ادعى عينا فى يد رجل أنه له وقال الذى هو فى يديه : أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلنى بحفظه ، لم يخرج من خصومة المدعى إلا أن يقيم

وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : إن كان متهما أيضا لم أقبل منه بيعة وجعلته خصما إلا أن يأتي بشهود أعرفهم . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل منه وأصدقته ولا نجعل بينهما خصومة . وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول : إذا اتهمته سألته البيعة على الوكالة فإن لم يقم البيعة جعلته خصما

قال : وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال : قد وكلني بقبضه منك فلان ، فقال الذي عليه المال : صدقت ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أجبره على أن يعطيه إياه ، وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى

البيعة على ما قال عندنا ، قال : ولنا أن هذه البيعة تثبت أمرين : أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه ، والثاني دفع خصومة المدعى عنه وهو خصم في ذلك فكانت متبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه الخ . قال : وعن أبي يوسف إن كان ذواليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البيعة ، وإن كان صالحا تندفع الخصومة عنه . رجع إلى هذا حين ابتلى بالقتضاء وعرف أحوال الناس فقال : قد يحتمل المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء ، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البيعة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ، ومتصوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه لإثبات حقه بالبيعة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهما بمثل هذه الحيلة ، قال السرخسي : فإن شهد شهود ذى اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه ، فلعل ذلك الرجل هو الذى حضر بنازعه ، وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة الخ . قال : وإن قال الشهود : أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فعلى قول محمد لا تندفع الخصومة عنه ، وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة عنه — ذكره فى الجامع ثم ذكر حجتهما . فان شئت زيادة فراجعه

(١) قال فى المبسوط ص ٨٦ ج ١٩ باب الوكالة فى الدين : وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال إليه ، فان القاضى يقضى عليه بالمسال للوكيل على ما بينا أن المديون يقضى الدين بملك نفسه ، وهو إنما أقر بثبوت حق القبض له فى ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضى

يقول : لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بيته عليه وأقول : أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه

قال : وإذا وكل الرجل رجلا في شيء ، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : لا تثبت وكالته إلا أن يأتى معه بخصم . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : نقبل بيته على الوكالة ونثبتها له وليس معه خصم . وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال : هذا وكيلي في كل حق لي يخاصم فيه ، قبل ذلك وأثبت وكالته ، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيفا وقضى عليه

قال : وإذا وكل رجل رجلا بكل قليل وكثير ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول : ما صنعت من شيء فهو جائز . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا وُكِّلَ في كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان جائزاً

على الدفع إليه ولكن يقول له : أنت أعلم إن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه ، لأنه لم يثبت كونه نائباً عن الطالب في حق القاضى ، وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه ثابتاً عنده ، ولكننا نقول : قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك مكذب لهما ، وكل خبر عند القاضى محمول على الصدق ما لم يأت له معارض ، ولكن إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بما له الخ . وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلّفه أنه ما وكلني ليستحلّفه على ذلك فإن حلف برىء وإن نسك عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل الخ . ثم ذكر عن الخصاص قال : لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما يحلف على العلم ، ثم ذكر دليله ودليلهما

(١) وهى فى ص ١٠ ج ١٩ من المبسوط

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهى فى باب الوكالة فى الدين ص ٧٠

ج ١٩ قال : وإذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس

قال : وإذا وكلت المرأة وكيلًا بالخصومة وهي حاضرة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل إلا أن يرضى الخصم . وكان ابن أبي ليلى يقول : نقبل ذلك ونجيزه . وبه نأخذ (١)

باب فى الدين

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على الرجل دين وكان عنده ودیعة غير معلومة بعينها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الودیعة بالخصص ، وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس لصاحب الودیعة شيء إلا أن يعرف وديعته

بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع إلا فى قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول : ظاهر لفظه يتضمن ذلك ، فإنه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله . ولكننا نقول : قد عرفنا يقينا أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله ، وإنما ثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالى

(١) قال فى المبسوط ص ٧ ج ١٩ : وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : للمرأة أن توكل بذلك ، بكر كانت أو ثيبا ، إذا لم يكن مروءة . وفى قوله الآخر وهو قول محمد : الرجل والمرأة سواء فى ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم الخ (٢) وفى مبسوط السرخسى فى كتاب الودیعة ص ١٢٩ ج ١١ : « وإن مات الرجل وعليه دين وعنده ودیعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء » لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس . وكما كانوا أحق بها فى حياة المديون فكذلك بعد موته « وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالخصص ، وأصحاب الودیعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا » وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة . وأصل المسألة أن الأمين إذا مات مجهلا للأمانة فالأمانة تصير دينًا فى تركته عندنا ، لأنه بالتجهيل صار متملكا لها ، فإن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك الخ

بعينها ، فتكون له خاصة . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : هى دين فى ماله
مالم يقبل قبل الموت : قد هلكت ، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيل ذهبت فيه ؟
وكذلك كل مال أصله أمانة . وبه نأخذ

قال : وإذا أقر الرجل فى مرضه الذى مات فيه بدين وعليه دين بشهود
فى صحته وليس له وفاء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يبدأ بالدين
المعروف الذى فى صحته ، فإن فضل عنهم شىء كان للذين أقر لهم فى المرض
بالحصص ، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً ، ولا تجوز
وصيته فيه لما عليه من الدين ؟ فكذلك إقراره له . وبه نأخذ (١) . وكان
ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : هو مصدق فيما أقر به ، والذى أقر له فى الصحة
والمرض سواء

قال : وإذا استدان المرأة وزوجها غائب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه
كان يقول : أفرض لها على زوجها نفقة مثلها فى غيبته . ثم رجع عن ذلك
فقال : لا شىء لها وهى متطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة (٢) . وكان

(١) قلت : المسألة فى ص ٢٦ ج ١٨ باب الاقرار فى المرض من المبسوط
قال : ولو كان عليه دين فى الصحة وأقر فى مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة
مقدما على ما أقر به فى المرض عندنا . وقال ابن أبى ليلى رحمه الله : ما أقر به
فى الصحة والمرض فهو سواء . ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الامام
ثم قال « ولو استقرض فى مرضه مالا أو اشتري شيئا وعان اليهود قبضه ذلك
فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة اليهود . وليس
فيه إبطال حق الغرماء عن شىء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له
فظهر هذا السبب فى حقهم وكان صاحبه مزاحمهم فى الشركة « ولو لم تكن
التركة إلا عين المال الذى أخذه قرضا أو بيعا فهو كذلك » لأن بالتبض تم ملكة
فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٨٤ ج ٥ : « وكذلك لو استدان عليه

ابن أبي ليلى لا يفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل . وكذلك بلغنا عن شرح (١) وهذا نأخذ

قال : وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو قصاص . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يكون قصاصاً إلا أن يتراضيا به . فإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً في قولهما جميعاً

قبل قضاء القاضى أو التراضى « لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون في ذمتها ، وإنفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها » فلا ترجع بشيء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ماضى « لأن حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصلح عن تراض ، فإن ولايته على نفسه فى الالتزام فوق ولاية القاضى فى الالتزام . وذكر عن شرح قال : « أما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فأنما استدانت على نفسها » وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج ، لأن للقاضى عليه ولاية ، فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ، قال « وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا أجزى القرض عليه إذا كان غائباً » لأن القرض عليه إذا كان غائباً إلتزام وليس للقاضى ولاية الإلتزام على الغائب

(١) قلت : أخرجه الامام محمد فى « الأصل » فى النفقات كما ذكر فى فرق . وأخرجه فى كتاب الحجّة على أهل المدينة عن أبى كدينة يحيى بن المهلب عن مطرف ابن طريف عن عامر الشعبي عن شرح أنه قال : إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به . ثم قال عامر : رأيت لو مات على من هو عليها حيا وميتا ؟ وأخرجه عن سفيان الثورى عن معن عن الشعبي قال : قال شرح ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها « يعنى المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب » بدين أو أنفقت من مالها . ص ٣٤٦

(٢) وهو قول محمد أيضا — أفاده فى المختصر الكافى

قال : وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يستوفى الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه ، لأنه لا ميراث له حتى يقضى الدين . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث ، فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث ، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر ، وإن كانوا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعاً إذا كانا عدلين ، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصباهما على ما فسرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال : وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بيته أن أصله كان مضاربة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين . وإذا أقام الرجل على الرجل البيته بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام الذى عليه الدين البيته أنه من ربا ، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال بإقراره أنه ثمن شيء جائز . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البيته على ذلك ويرده إلى رأس المال

(١) وهو قول أصحابنا جميعاً . قال السرخسى : واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعاً ، لأنه وجد في ذلك عرفاً ظاهراً بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط ، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة ، ويقرون بضمن المتاع وإن كان أصل المعاملة قرصاً والزيادة ربا شرط عليه . فللعرف الظاهر قال : تقبل بيته على ذلك ، ولكن هذا ليس بقوى ، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول

قال : وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع ^(١) ثم قال بعد ذلك :
لم أقبض المبيع ولم تشهد عليه بيئته بقبضه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : المال له لازم ولا ألتفت إلى قوله ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول :
لا يلزمه شيء من المال حتى يأتى الطالب بالبيئته أنه قد قبض المتاع الذى به
عليه ذكر الحق . وقال أبو يوسف رحمه الله : أسأل الذى له الحق أبعث
هذا ؟ فان قال : نعم . قلت : فأقم البيئته على أنك قد وفيته متاعه ، فان قال
الطالب : لم أبعه شيئاً لزمه المال

قال : وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبيئته فشهد
أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بالالفين ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : لاشهادة لهما لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبي ليلى يجيز من ذلك
ألف درهم ويقضى بها للطالب . وبه نأخذ ^(٣) . ولو شهد أحدهما بألف وشهد

قوله مع يمينه لادليل قبول بيئته ، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الاقرار
فكذلك لا تقبل بيئته

(١) وفي المبسوط بمال في صك حق من ثمن بيع
(٢) قال السرخسى : فقد بينا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول
أبي حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل ، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل
صدق ، وإن فصل لا يصدق . ثم رجع فقال : إذا فصل يسأل المتر له عن سبب
وجوب المال ، فان أقر أنه من ثمن بيع فالقول قول المقر أنى لم أقبض المبيع ،
وهو قول محمد

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين ، لأن
مسألة دعوى الألف متفق عليها بين الامام وصاحبيه . قال في البدائع ص ٢٧٨
ج ٦ : إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالفين
والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا ، وعندهما تقبل على الألف .
ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف

الآخر بألف وخمسمائة كانت شهادة الألف جائزة في قولهما جميعاً . وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول : قد سمى الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر خمسمائة فصارت هذه مفصولة من الألف

قال : وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان . وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ^(١) . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى

تقبل على الألف بالاجماع . ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال : ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالألف . والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالاجماع ، لأن المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال : كان لى عليه ألفان إلا أنه قد قضانى ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيتبل . وكذا لو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال : كان لى عليه ألف وخمسمائة إلا أنه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل ، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول . وفي المبسوط ص ١٧٥ ج ١٦ : فإن كان المدعى يدعى ألفاً فقد أ كذب الذى شهد على ألف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول : كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الألف ، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل . قلت : فلعل قوله « وبه نأخذ » أدرجه الناسخ هنا سهوا منه ومحلّه بعد قوله « لأنهما قد اختلفا » أو زيادته من سهو الناسخ ، والله أعلم

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن علي رضى الله عنه ولفظه : « لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلاً » وروى ابن أبي شيبة عن الشعبي أنه قال : « لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين »

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في ص ١٣٨ ج ١٦ من

يقول : أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد . وكذلك بلغنا عن شريح^(١) وإبراهيم

قال : وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وراثا غير هؤلاء جازت الشهادة . وبه تأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا تجوز شهادتهم إذا قالوا : لانعلم له وارثا غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا : لا وارث له غيرهم ، وإذا جاء وارث غيرهم بيينة أدخله معهم في الميراث . ولم تبطل شهادة الأولين في قولهما

قال : وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة ، فإن أبا حنيفة

المبسوط في شرح قول الحاكم : « وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا » الخ وهو قوله : « وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة » الخ . ولم أجد ذكرها مستقلا كما ذكرها هنا ، والله أعلم

(١) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي ، محضرم ، ولى لعمر الكوفة فتضى بها ستين سنة . وكان من جلة العلماء وأذكي العالم . روى عن علي وابن مسعود ، وعنه الشعبي وأبو وائل . روى له النسائي والبخارى في الصحيح وفي الأدب . قال الشعبي : كان أعلم الناس بالتضاء . مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة ، وقيل عن ١٢٠ سنة

(٢) وهذه المسألة في ص ١٥٢ ج ١٦ قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكننا نقول : قولهم لا وارث له غيره نبي لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب ، وإليه أشار في الكتاب فقال : من قبل أن هذا عيب يحمله القاضى عليه ، أو قال عنت يحمله القاضى عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون ، وإن قالوا : لانعلم له وراثا غيره فهذا يكفى . وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفى لأن هذا

رضى الله عنه كان يقول : يدرأ الحد في ذلك ، ويقضى بالمال وينظر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقيم الحد بالوطء فلا بد من مهر . وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فانما شهدوا على^(١) ضغن فلا شهادة لهم^(٢) » . وبه نأخذ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقبل شهادتهم وأمضى الحد . فأما السكران فإن أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه^(٤) ، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالى حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدى الشرط أو عامل الوالى فإنه يحد

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال : أنا أجرحهم وأقيم البيعة أنهم استؤجروا وأنهم قوم فساق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الجرح على مثل هذا . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقبله . فأما غير ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان في هذا الجرح جميعاً . وحفظى عن أبي يوسف أنه قال بعد : يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به

ليس من الشهادة فى شىء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون . وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضى لا يعلم الخ

(١) الضغن : الحقد

(٢) أخرجه الامام محمد فى كتاب الحدود من «الأصل»

(٣) والمسألة متفق عليها عندنا . أفاده السرخسى وقال : قد بينا المسألة فى الحدود

(٤) واحتج له السرخسى فقال لانعدام العلة الموجبة للحد . قال : ولكننا

نقول : الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر ، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به

من السكر إلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف فانهما يشترطان بقاء الرائحة لاقامة

الحد عليه ، وعند محمد لا يشترط ذلك . وقد بيناه فى الحدود

قال : وإذا شهد الوصى للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يجوز ذلك . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ . وإذا شهد الوصى على غير الميت للوارث الكبير بشئ له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعاً . قال : وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل (١) عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا تجوز شهادته . وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تجز ، لأنهم شركاء في الوصية الثالث بينهم . وقال أبو يوسف : أصحاب الوصايا والغرماء سواء ، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض . قال : وإذا شهد الرجل لامرأته ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادته لها . وكذلك بلغنا عن شريح (٣) . وبهذا

(١) وفي المبسوط لرجل آخر

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسى

(٣) قلت أخرجه أبو يوسف في آثاره عن الامام عن الهيثم عن عامر عن شريح « أنه كان لا يجز شهادة الرجل لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الشريك لشريكه ، ولا السيد أعبده ، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه ، ولا الأعمى ، ولا المحدود في قذف » وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده ، وأخرجه طاحه ابن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسروا من طريق ابن زياد والكلاعى عن الوهبى عنه . وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى ، وليس في رواية الآثار ذكر السيد ، ولا ذكر الأعمى . وأخرجه عبدالرزاق وابن أبى شعبة في مصنفيهما . قلت : قال في تخرىج الهداية ويقال : إن الخصاف أخرجه بإسناده مرفوعاً . قلت : وذكره السرخسى عن عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ، وذكره حديث خصاف القارى في شرح المختصر فقال : عن صالح

نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمى فذهب بصره، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها (٢). بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه رد شهادة أعمى شهد عنده (٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته جائزة. وبه نأخذ، إذا كان شياً لا يحتاج أن يقف عليه

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضى، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: هذا عندى بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ (٤). بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ابن زريق عن مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامى عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يجوز شهادة الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره»

(١) قلت: وبه أخذ محمد أيضاً وحجتهم في ص ١٢٣ ج ١٦ من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة ص ١٣٠ ج ١٦ من مبسوط السرخسى مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى

(٣) قلت: أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعل رضى الله عنه فرد شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن علياً لم يجز شهادة الأعمى في سرقة

(٤) قلت: المسألة في ص ٩١ ج ٩ في باب الاقرار بالزنا، وهى متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسى لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات

ماعز بن مالك رضى الله عنه أتاه فأقر عنده بالزنا فرده ، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فرده ، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فرده ، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه هل تنكرون من عقله شيئا؟ قالوا : لا ، فأمر به فرجم (١) .
وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد

قال : وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان لا يرى ذلك شيئا ولا يحده . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده

قال : وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يضرب الحد ويغرم ربع الدية . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : أقتله ، فإن رجعوا أربعتهم قتلهم ولا

الحديث الذى ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجعه إن شئت زيادة الاطلاع (١) أخرجه هو فى خراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة . وأخرجه فى آثاره عن الامام عن عاتمة عن ابن بريدة عن أبيه والحارثى من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو والحمانى والمقرئ وعدة من أصحاب الامام عنه عن عاتمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه . وأخرجه أبو داود والنسائى عن أبي هريرة ، وروياه ، وأحمد فى مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه : كان ماعز بن مالك يتبى فى حجر أبي فأصاب جارية — الحديث

(٢) وهو قول محمد أيضا

(٣) قلت : ذكرت هذه المسألة فى كتاب الحدود ص ١٠٤ ج ٩ من المبسوط مختصرة قال : « وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة تامة فإن رجع آخر غرما ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس ويحدان جميعا لأنه لم يبق على الشهادة

نغرمهم الدية ، فان رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية

قال : وإذا شهد الشهود عند القاضى على عبد وحلوه ووصفوه وهو فى بلدة أخرى فكتب القاضى شهادتهم على ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العبد ، لأن الحلية قد توافق الحلية وهو ينتفع بالعبد حتى يأتى به إلى القاضى الذى كتب له ، أرأيت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه ؟ وكان ابن أبى ليلى يقول : يختم فى عنق العبد ويأخذ من الذى جاء بالكتاب كفيلا ثم يبعث به إلى القاضى ، فاذا جاءه العبد والكتاب الثانى دعا الشهود ، فان شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله وقضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتابا إلى القاضى الذى أخذ منه الكفيل حتى يبرىء كفيله . وبه نأخذ

قال : وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضى مكة إلى قاضى مصر فى مصر غير مصره بالشهادة وزكى هناك وكتب بذلك إلى قاضى الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق . وبه نأخذ ^(١) وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول : نرد شهادته ويتبل قو لهم .

من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فعليهما الحد « قلت : ولم يذكر باقى المسألة ولا قول ابن أبى ليلى

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . أفاده السرخسى . وقد اختصر المسألة فقال : « إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق ، فان شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا . وقال ابن أبى ليلى : تقبل وترد شهادة الشاهد ، لأن فسقه لو صار معلوما للقاضى بخبر المخبر رد شهادته فاذا صار معلوما له بشهادة الشهود أولى ، ولأن الفسقى

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا ينبغي للقاضى أن يفعل ذلك ، لأنه قد غاب عن الكوفة سنين فلا يدرى ما أحدث ولعله قد تاب قال : وإذا شهد الشاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز ، لأن الكفر كله ملة واحدة . وبه نأخذ (١) . وكان

مانع من العمل بشهادته الخ . وجه قولنا أن المقصود بهذه الشهادة النفي لا الإثبات والبيئات للإثبات لا للنفي ، وبيان الوصف أن المقصود نفي وجوب العمل بشهادته ، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه ، لأن تلك البيعة تقوم لإثبات الرق عليه ، ولإثبات فعل القاضى فى إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكماً . يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة ، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً ، فالشاهد لا يعلم بتاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان ، مجازفاً فى هذه الشهادة ، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه ، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة ، ولأن الفسق يثبت بأسباب يختلف الناس فى بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضى ليس بفسق ، فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه »

(١) وبه قال محمد . أفاده فى المبسوط كتاب الشهادات ص ١٣٣ ج ١٦ واحتج لهم بحجج كثيرة ، منها « ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين دينا بشهادة أربعة منهم . وعن أبى موسى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض . والسلف مجمعون على هذا ، حتى قال يحيى بن أكثم : تلبعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنى رأيت لربيعة فيه قولين . والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم . وبيان الوصف فى قوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » والمراد منه الولاية دون الموالاته ، فإنه معطوف على قوله تعالى : « مالكم من ولايتهم من شيء » والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا

ابن أبي ليلى لا يجوز ذلك ويقول : لأنهما ملتان مختلفتان . وكان أبو حنيفة يورث اليهودى من النصرانى والنصرانى من اليهودى ويقول : أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض

قال : وإذا شهد الشهود عند قاضى الكوفة على عبد وولوه ووصفوه أنه لرجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا أكتب له . وقال ابن أبي ليلى : أكتب له شهادتهم إلى قاضى البلد الذى فيه العبد ، فيجمع القاضى الذى العبد فى بلده بين الذى جاء بالكتاب وبين الذى عنده العبد ، فإن كان للذى عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذى جاء بالكتاب محتوما فى عنقه وأخذ منه كفيلا بقيمته ويكتب إلى القاضى بجواب كتابه بذلك ، فيجمع قاضى الكوفة بين البيضة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذى جاء به إلى قاضى البلد الذى كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضى عليه القضاء ويبرأ كفيله . وبه نأخذ^(١) . قال أبو يوسف : ما لم تجيء تهمة أو أمر يستريه من الغلام

نكاح إلا بولي ، والمسلم إذا خطب إلى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فاذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة . قال : ولأن الكفر ملة واحدة عندنا . قال تعالى : « هذان خصمان اختصموا فى ربهم » وقال : « لكم دينكم ولى دين » فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم ، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم . قلت : روى ابن ماجه عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض . فهذا حجة على ابن أبي ليلى

(١) وهذه المسألة مكررة ، وقد مرّت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز شهادتهما .
وبه نأخذ^(١) لقول الله عزوجل : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » . وكان ابن أبي ليلى يقول : ذلك جائز^(٢)

وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً ، وإلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول : القاضى يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس . وذكر ذلك^(٣) أبو حنيفة عن

(١) وهو قول محمد أيضاً — أفاده السرخسى

(٢) قال الامام السرخسى : وهو قول شريح فانه كان يقول : لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين فى شيء إلا فى الوصية ، ولا تقبل فى الوصية إلا فى حالة السفر . وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى : « اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » يعنى من غير أهل دينكم بدليل ، قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم » ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال : هذه الآية منسوخة نسخها قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى : « أو آخران من غيركم » أو من غير قبيلتكم ، وهذا لأن العداوة بين القبائل فى الجاهلية كانت ظاهرة ، فبين الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الاسلام ، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة . ألا ترى أن الله تعالى قال : « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » ؟ وذلك إنما يكون فى حق المسلمين الذين يصلون ، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها » الخ

(٣) قلت : أخرجه الامام محمد فى آثاره عنه عن الهيثم عن حدثه عن شريح .
وروى ابن أبى شيبة من طريق أبى حصين : كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد

القاسم^(١) عن شريح . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطا . قال أبو يوسف : أعزره ولا أبلغ به أربعين سوطا ، ويطاف به . وقال أبو يوسف : بعد ذلك : أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً (٢)

قومه أو سوقه ويتمول : إنا قد زيفنا شهادة هذا . وروى عبد الرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان : أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس . قلت : أخرج البيهقي عن علي بن الحسين قال : « كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فتمال : إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خلى سبيله »

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القاسم على رسم الأقدمين ، ولأن محمدا رواه عنه عن الهيثم وهو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة ، وهو يروى عن أبيه وجابر بن سمرة ، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق . روى له الأربعة والبخاري . مات سنة ١١٠

(٢) قال السيخسى في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦ : وقال أبو يوسف ومحمد : يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا . وقال أبو يوسف بعد ذلك : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا . فهما استدلا بحديث عمر رضى الله عنه حيث قال في شاهد الزور : يضرب أربعين سوطا ويستخم وجهه ويطاف به ، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه ، فإن ذلك مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكاب العقور ، فبقى حكم التعزير الخ . وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضيا في زمن عمر وعلى رضى الله عنهما فما اشتهر من قضاياه كالمروى عنهما . ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم . فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة ، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته ، فلهذا

قال : وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه ^(١) فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نعرزهما ، ويقول : لأنى لا أدرى أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل ؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول : لا أدرى لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضربهما وعاقبهما . وكذلك لو خالف المدعى الشاهدين في قول أبي حنيفة رضى الله عنه فشهدا بأكثر مما ادعى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نضربهما وتتهم المدعى عليهما ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى ربما عززهما وضربهما وربما لم يفعل

قال : وإذا لم يلعن الخصم في الشاهد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يسأل القاضى عن الشاهد . وكان ابن أبي ليلى يقول : يسأل عنه .

لا يعزر ويكتفى بالتشهير . ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته ، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه ، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بجريمته فيكتفى به ، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الامام أنه لا ينزجر إلا به ، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه ؟ فكذلك التتعزير

(١) وفي المبسوط : « وإذا اختلف الشاهدان في الموطن التي شهدا فيها على عمل أو غضب لم تقبل شهادتهما ولا يعزز ران على ذلك عندنا » الخ

(٢) استدلل لهم في المبسوط فقال : « ولكننا نقول : لا ندري أيهما الكاذب منهما فغضب كل واحد منهما عبث ولا بد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الاقدام على ضربه وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما »

(٣) واحتج لهم السرخسى فقال : « ولكننا نقول : لعل المدعى هو الغالط والكاذب والشهود صادقون في شهادتهم وبدون السبب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعى إياهم »

وبهذا نأخذ^(١) . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض^(٣)

باب فى الأيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالبينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا نرى عليه يمينا مع شهوده . ومن حجته فى ذلك أنه قال : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى^(٤)» فلا نجعل على المدعى ما لم يجعل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا تحول اليمين عن

(١) قال فى المبسوط : وهو قول أبى يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضاؤه فإنه ممنوع شرعا من القضاء بشهادة الفاسق . وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : العدالة ثابتة بظاهر الاسلام كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضى هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتغل بالسؤال ، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضا فإنه مسلم . وقد بينا هذه المسألة بفصولها فى : «أدب القاضى»

(٢) وهو قول محمد أيضاً — أفاده السرخسى بقوله : «عندنا»

(٣) زاد السرخسى بعده : فى الجراحات وتمزيق الثياب التى تكون بينهم فى الملاعب ما لم يتفرقوا ، فإن كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم . ثم قال : ولكننا نتول : المعنى الذى لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انتطاع الولاية ، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد . وهذا المعنى موجود فى شهادة بعضهم على بعض ، والضرورة التى اعتادوها لا تتحقق فإنا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك

(٤) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبى يوسف عن الامام عن عمرو بن

عن الموضع الذى وضعها عليه النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ (١) .
وكان ابن أبى ليلى يقول : على المدعى اليمين مع شهوده ، وإذا لم يكن له
شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه ، فإن قال المدعى عليه : أنا
أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه (٢) إلا أن يترمه فيرد اليمين عليه إذا
كان كذلك ، وهذا فى الدين

قال : وإذا ورث الرجل ميراثا داراً أو أرضاً أو غير ذلك فادعى رجل
فيها دعوى ولم تكن له بيعة فأراد أن يستحلف الذى ذلك فى يديه ، فإن
أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقا .
وكذلك كان ابن أبى ليلى يقول أيضاً . وإنما جعل أبو حنيفة رضى الله عنه
على هذا اليمين على علمه ، لأن الميراث لزمه ، إن شاء وإن أبى ، والبيع

شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا
أنكر » . وأخرجه ابن خسرو من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن
عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن
النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالبيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا
أنكر » . وأخرجه الحارثى عن أبى يوسف عن الامام عن حماد عن الشعبي عن ابن
عباس رفعه : « المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بيعة » وحديث ابن عباس متفق
عليه . وأخرجه البيهقى بألفاظ مختلفة

(١) وبه أخذ محمد أيضاً — أفاده السرخسى

(٢) وعندنا لا يرد اليمين عليه ، لأن اليمين لا بقاء ما كان على ما كان لا لا ثبات
مالم يكن ، وحاجة المدعى إلى إثبات مالم يكن ثابتاً واليمين لا يصلح حجة فى ذلك ،
ثم هو مخالف للنص ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعى : « ليس لك إلا
هذا : شاهدك أو يمينه » فهو تخصيص على أنه لا يمين فى جانب المدعى — السرخسى
فى المبسوط

لا يلزمه إلا بقبول ، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل البيع والهبة والصدقة ، فاليمين في ذلك ألبته . والميراث لو قال : لا أقبله كان قوله ذلك باطلا وكان الميراث له لازما فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك

قال : وإذا استحلف المدعى المدعى عليه على دعواه خلفه القاضى على ذلك ثم أتى بالبينة بعد ذلك على تلك الدعوى ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقبل منه ذلك ، لأنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وشريح

(١) وفي المبسوط ص ١٧٣ ج ١٧ : « ولو أن رجلا ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذواليد ذلك لم يستحلف على النسب » هنا بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة فلا يشك ، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح لا يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم متمم الاقرار ، والأخوة لا تثبت باقراره لو أقر بها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة « ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيباً » كما يدعى المال والاستحلاف يجرى في المال إلا أنه استحلاف على فعل الغير ، لأنه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات . قال في الهداية قال « ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه » لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات « وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات » لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة . قال في العناية : « والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه : لا أعلم بذلك . وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات ، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات »

أنهما كانا يقولان : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البيعة العادلة (١) .
وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل منه البيعة بعد اليمين
وبعد فصل القضاء

باب الوصايا

قال أبو يوسف : وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة
بستان أو أرض ، وذلك ثلثه أو أقل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان
يقول : ذلك جائز . وبه نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز ذلك ،
والوقت فى ذلك وغير الوقت فى قول ابن أبي ليلى سواء

(١) قال البيهقى فى سننه باب البيعة العادلة أحق من اليمين الفاجرة . روى ذلك
عن عمر بن الخطاب وشريح ، ثم روى عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين
عن شريح قال : « من ادعى قضائى فهو عليه حتى يأتى بالبيعة ، الحق أحق من
قضائى ، الحق أحق من يمين فاجرة »

(٢) وبه قال محمد . والمسألة فى ص ١١٩ ج ١٦ من المبسوط قال : وبعض
القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البيعة بعد يمين الخصم ، وكانوا يقولون : كما
يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبيعة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين
المنكر بعده . فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت
إلى بيعة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضى الله عنه
حيث قال : « اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البيعة العادلة ولسنا نقول : يمين المدعى
عليه يتعين معنى الصدق فى إنكاره لكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة
له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها

(٣) وهو قول الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى والمسألة فى باب الوصية بالغلة
ص ١٨١ ج ٢٧ من المبسوط . واحتج لابن أبي ليلى فقال : « لأن الموصى يملك له
بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له . والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته

قال : وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تجوز عليهم تلك الوصية ، ولهم أن يردوها ، لأنهم أجازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال . وكذلك بلغنا عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه ^(١) وشرح . وبهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى

ليست بمملوكة له ، وبإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته . فيبطل وصيته بها . قال : ولكنا نقول : المنفعة تحتل التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضا ، وهذا لأن الموصى تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه ، فاذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة ، لأنها بدل المنفعة ، والوصية بخلاف الميراث فالارث لايجرى في الخدمة بدون الرقبة ، لأن الورثة خلافة . وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان مملوكا للورث وهذا لايتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين . فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة فيما أبقى

(١) أخرجه الامام محمد في آثاره عن الامام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد : وبه نأخذ ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء ، فإن أجازوه بعد الموت وهي لوارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز ، وليس لهم أن يرجعوه ، وهو قول أبي حنيفة . وأخرجه ابن خسر ومن طريقه عنه . وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصى بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصى فاذا مات الموصى أبوا أن يجزوا فان لهم ذلك . وأخرجه ابن خسر ومن طريقه عنه . وأخرجه محمد في وصايا « الأصل » عن إبراهيم قوله . وأما قول شريح فلم أجده

(٢) وبه أخذ الامام محمد أيضا . أفاده السرخسى في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال : لأن حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الاضرار

يقول: إجازتهم جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة في هذا الموضع في قولهما جميعاً

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: الثلث بينهما نصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه نأخذ (١)

باب المواريث

قال أبو يوسف رضى الله عنه: وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجدته، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: المال كله للجد وهو بمنزلة الأب في كل ميراث. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن

بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الاجازة ولا معتبر باجازته في حياة الموصى عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالاجازة الخ. قال «ولكننا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سبباً، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرر السبب الخ وأطال الاحتجاج عليه

(١) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الوصايا ص ١٤٨ ج ٢٧ من المبسوط. وكذلك في ص ١٦٨ واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم أنهم كانوا يقولون : الجد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول فى الجد بقول على بن أبى طالب رضى الله عنه : للأخ النصف وللجد النصف . وكذلك قال زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فى هذه المنزلة (٢)

قال : وإذا أقرت الأخت ، وهى لأب وأم وقد ورث معها العصبه بأخ لأب ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نعطيه نصف ما فى يدها ، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان فى يدها منه فهو بينهما نصفان .

(١) قلت : أما قول أبى بكر فأخرجه الامام محمد فى كتاب الحجّة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبى موسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا . وأخرجه البخارى عن عكرمة عن ابن عباس عنه ، والبيهقى رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه . ورواه عن أبى سعيد الخدرى وعن عثمان عنه . وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد فى الحجّة والبيهقى فى سننه والبخارى ذكره تعليقا . وأما ابن الزبير فروى البيهقى من طريق أبىوب عن ابن أبى مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال : أما الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو اتخذ أحدا خليلا لاتخذته» فإنه أنزله أبا ، يعنى أبا بكر رضى الله عنه اه فأفتى بتمول أبى بكر رضى الله عنه . وأما قول أم المؤمنين فلم أجده . قلت : وزاد السرخسى فقال : وهو قول أبى موسى وأبى وعمران بن حصين وأبى الدرداء ومباز بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين . وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة

(٢) قول على وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقى . ورى مثله عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وروى البيهقى عن عثمان وعلى رضى الله عنهما مثل قول أبى بكر أيضا . وكذلك اختلف على ابن مسعود . قلت : وبقول ابن أبى ليلى قال أبى يوسف ومحمد أيضا فى متمسمة الجد

وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا نعطيه مما في يدها شيئاً لأنها أقرت بما في يدي العصبية ، وهو سواء في الورثة كلهم ما قالوا (١) جميعاً

قال : وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة . وكان ابن أبي ليلى يقول : أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها . وبه نأخذ (٢)

قال : وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته ، وكذلك أمهاتهما . وبه نأخذ (٣) . وكان

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة بعينها في المبسوط . ونظائرها كثيرة في الوصية والفرائض

(٢) قال السرخسى : وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل ، وعند انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط . وقول ابن أبي ليلى كقولها

(٣) وبه قال الامام محمد — أفاده السرخسى ، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع ، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق بخاطر البيان ، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك بخاطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن

ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البيعة أنها دار جدتهما والذى هي في يديه منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا أقضى بشهادتهم حتى يشهدوا أن الجد تركها ميراثاً لأبيه ولأبى صاحبه لا يعلمون له وارثاً غيرهما ثم توفى أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثاً لهذا لا يعلمون له وارثاً غيره^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقضى له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذى هي في يديه ولا يقسمان حتى تقوم البيعة على الموارث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقسمان

قال: وإذا توفى الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعاً، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يحدث عن حماد عن إبراهيم^(٢) أنه قال: ما كان للرجال

لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق، بمنزله مالو أقر لمن هو معروف من النسب من الغير أنه ابنه لا يقبل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق الخ — مبسوط ص ١٥٥ ج ٣٠

(١) وبه قال الامام محمد. والمسألة في المبسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقضى بها للجد وأضعها على يدعدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البيعة عليه، وعندهما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصماً في إثبات ملك الجد فلا يقضى القاضي بشيء إلا أن يجر الميراث

(٢) وأخرجه الامام محمد في الآثار

من المتاع فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما ، المرأة كانت أو الرجل ، وكذلك الزوج إذ اطلق والباقي الزوج في الطلاق . وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما . ثم قال بعد ذلك : لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله ، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع ، أو تكون رهونا عند رجل . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا مات الرجل أو طلق ، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بيته على دعواه^(١) . ولو طلقها في دارها كان أمرها على ما وصفت في قولهما جميعاً .

(١) قال الامام السرخسى في ج ٥ ص ٢١٣ باب متاع البيت من المبسوط : وقال محمد رحمه الله : ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا . وقال أبو يوسف رحمه الله : تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك . وقال ابن أبي ليلى : ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة . وعلى قول ابن شبرمة : المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها . وقال زفر : المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما ، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعى . وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان ، وعلى قول الحسن البصرى إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له ، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره ، ولأن المرأة ساكنة البيت ، ألا ترى أنها تسمى قعيدة ؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذى اليد ، ومن يقول : المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضا ، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه الخ . وأبو حنيفة يقول : ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لا بسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا

قال : وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ميراثه له . بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعن ابن مسعود رضى الله عنه . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى

في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده الخ

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبة والدارمي وأبو يعلى والدارقطنى والطبرانى كلهم من حديث تميم الدارى من رواية عبد الله ابن موهب ويقال ابن وهب عنه ، ومنهم من أدخل بينهما قبيصة : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال : « هو أحق به بحياه ومماته » وفى لفظ أبي داود قال : يارسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين ؟ قال : « هو أولى الناس بمحياه ومماته » وفى رواية الحاكم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكره البخارى فى صحيحه فقال : ويذكر عن تميم رفعه : « وهو أولى الناس بمحياه ومماته » واختلفوا فى صحة هذا الخبر . وأخرجه ابن عدى من وجهين ضعيفين والطبرانى والدارقطنى من أحدهما ولفظه « من أسلم على يديه رجل فولأؤه له » . وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن رجلا أسلم على يدي وله مال وقد مات ، قال صلى الله عليه وسلم « فلك ميراثه » ومن طريقه أخرجه الطبرانى وفى إسناده رجل مجهول — من تخريج أحاديث الهداية باختصار

(٢) وهو قول الامام محمد أيضا قال السرخسى فى فصل ولاء الموالاة ص ٣٣

ج ٣٠ من المبسوط : وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم

لايورثه شيئا . حدثني مطرف (١) عن الشعبي (٢) أنه قال : «لاولاء إلاالذي
نعمة» . حدثنا الليث بن أبي سليم (٣) عن أبي الأشعث الصنعاني (٤) عن عمر
ابن الخطاب رضى الله عنه أنه سئل عن الرجل يسلم على يدي الرجل فيموت
ويترك مالا فهو له وإن أبي فليبت المال (٥) . حدثنا أبو حنيفة عن إبراهيم

(١) هو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي ، وقيل : الجارفي . روى
عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشيبى وجماعة . وعنه السفينان وابن فضيل وطائفة .
روى له الستة . وثقه أبو حاتم . مات سنة ١٤٣

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الخيمرى الشعبي الكوفي الامام العلم .
ولد لست سنين خلت من خلافة عمر . روى عنه وعن ابن مسعود مرسلا وعن
على وأبي هريرة وعائشة وجريير وابن عباس وخلق . أدرك خمسمائة من الصحابة .
روى عنه ابن سيرين والاعمش وشعبة وخلق . قال أبو مجلز : مارأيت فيهم أفقه من
الشعبي . وقال العجلي : مرسل الشعبي صحيح . مات سنة ١٠٤ ، وقيل غير ذلك .
قلت : روى له الستة

(٣) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي أحد العلماء والنسك . روى عن
عكرمة وغيره ، وعنه معمر وشعبة والثوري . روى له الأربعة ، ومسلم مقرونا
والبخارى تعليقا . مات سنة ١٤٣

(٤) هو شراحيل بن آدة - بمد الهمز وتخفيف الدال - أبو الأشعث الصنعاني
صنعاء دمشق . وقيل : اليمن . روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان
وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والنعمان بن بشير وعبدالله بن عمرو وأبي
ثعلبة الحشني ، وعنه أبو قلابة الجرهمي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المسكي
وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذماري وغيرهم . وثقه ابن حبان والعجلي .
ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمن . وكان ينزل دمشق . شهدفتحدمشق
مات زمن معاوية . قلت : روى له الخمسة والبخارى في الأدب

(٥) قلت : أخرج ابن أبي شيبة من طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال :

ابن محمد (١) عن أبيه عن مسروق (٢) أن رجلا من أهل الأرض والى ابن عم له فمات وترك مالا فسألو ابن مسعود رضى الله عنه عن ذلك فقال : ماله له (٣)

باب فى الأوصياء

قال أبو يوسف : ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا الآخر وصى

إن رجلا أسلم على يدي فمات وترك ألفا فتخرجت منها ، قال : أرأيت لو جنى جنابة على من تكون ؟ قال على . قال فيرائه لك

(١) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الأجدع الهمداني الكوفي . روى عن أبيه وقيس بن مسلم ، وعنه شعبة والسفيانان . وثنمه أحمد وأبو حاتم . وقال جعفر الأحمر : كان أفضل من رأينا بالكوفة . قلت : روى له الستة . وأما أبوه محمد بن المنتشر ابن أخى مسروق فروى عن عمه مسروق ، وعنه عبد الملك بن عمير . وثنمه أحمد . قلت : روى له الستة

(٢) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي ، الامام ، القدوة . روى عن أبي بكر وعمر وعلى ومعاذ وابن مسعود وطائفة . وعنه زوجته قمبر وأبو وائل والشعبي ، وأرسل عنه مكحول . قال أبو إسحاق : حج مسروق فما نام إلا ساجداً على وجهه . قال ابن المديني : صلى خلف أبي بكر . سمي مسروقاً لأنه سرقه إنسان فى صغره ثم وجد . وغير عمراسم أبيه إلى عبد الرحمن فأثبت فى الديوان مسروق بن عبد الرحمن . مات سنة ٦٣ . قلت : روى له الستة

(٣) قلت : أخرجه الامام أبو يوسف فى آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلا من أهل الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه . وأخرجه محمد أيضاً فى آثاره وقال : أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم - الحديث

الرجلين جميعاً . وبهذا نأخذ^(١) . وكذلك بلغنا عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً . وقال أبو يوسف رحمه الله بعد : لا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثانى قد أوصيت إليك فى كل شىء أو يذكر وصية الآخر

قال : ولو أن وصياً لأيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز عليهم ولهم . بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعى^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا تجوز عليهم والوصى ضامن لذلك^(٣) . وقال ابن أبي ليلى أيضاً : على اليتامى الزكاة فى أموالهم فإن أداها

(١) وبه قال محمد — أفاده فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٢ — ٢٣ ج ٢٨ قال : فأما ابن أبي ليلى فىقول : هو بمطلق الايضاء يجعل الوصى خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التى فرط فيها . وهذا مقصور على تركته فأما التصرف فى تركه الموصى فليس من حوائجه فى شىء فلا يملك الوصى ذلك إلا بالتنصيص عليه . ولكننا نقول : بعد قبوله الوصية وموت الموصى صار التصرف فى تركه الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف فى تركه نفسه : يوضحه أنه جعل الثانى خلفاً عنه قائماً مقامه فى كل مكان يملكه بنفسه مما يقبل التمل إلى الغير بعد موته ، وقد كان ملك التصرف فى التركتين جميعاً فى حال حياته فيختلفه الوصى الثانى فيهما جميعاً بمطلق الايضاء . وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الايضاء إلى الثانى فيثبت عمل تخصيصه ، لأنه نظر لنفسه فى هذا التخصيص وهو أنه لا يتحمل وبال التصرف فى ملك الغير حياً وميتاً

(٢) وأخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عنه قال محمد :

وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) قال فى المبسوط باب الوصى والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصى جعله قائماً

الوصى عنهم فهو ضامن^(١). وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه ؟ وبهذا نأخذ قال : ولو أن وصى ميت ورثته كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوص بشيء باع عقاراً من عقار الميت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : يبعه جائز على الصغار والكبار . وكان ابن أبى ليلى يقول : يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه . وقال أبو يوسف

مقامه فى التصرف فى المال ليكون المال محفوظاً عنده ، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذى يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل ، ولكننا نقول : هو قائم مقام الموصى فى ولايته فى مال الولد وقد كان للموصى أن يفعل هذا كله فى ماله فكذلك الوصى ، وهذا لأن المأمور به ما يكون أصلاً لليتم وأحسن . قال الله تعالى : « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير » وقد يكون الأحسن فى تفويض التصرف فى ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلته هدايته

(١) وفى كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢ : « وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول : يحصى الولى أعوام اليتيم فإذا بلغ أخبره ، وهو إشارة إلى أنه يجب عليه الزكاة وليس للولى ولاية الأداء ، وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله . قال : إذا أداه الولى من ماله ضمن . قال : ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن التائم حتى يتبته ، وعن المجنون حتى يفيق » . وفى إيجاب الزكاة عليه إجراء القلم عليه ، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب فى ذمة الولى فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه الخطاب عليه . والمراد بقوله : « كى لا تأكلها الصدقة » : أى النفقة ، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال ، والنفقة هى التى تأتى على جميع المال دون الزكاة . والمعنى فيه أنها عبادة محضنة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات » الخ . قلت : وعدم الوجوب عليه قول على وابن عباس . وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضى الله عنهم

رحمه الله : يبعه على الصغار جائز في كل شيء كان منه بد أولم يكن ، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميث أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين (١)

باب في الشركة والعق و غيره

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليست هذه بمفاوضة . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان

قال : ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه ، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما ، وإن

(١) وقول محمد بن أبي يوسف . قال في المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤ : وأبو حنيفة استحسن فقال : لما ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل ، لأن الولاية بسبب الوصاية لا تتحمل التجزى ، وهذا لأن في بيع البعض إضراراً بالصغير والكبير جميعاً ، لأنه يثبت به نصيب الكبير والاشتمال لا يشتري بما لا يشتري به الجمل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم ، وللوصى ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه ، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المتقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له ؟

(٢) قلت : وبه قال محمد . أفاده في المبسوط وزاد : ولكنها عنان قال فيمناو بيته اتفاق أن من شرط المفاوضة المساواة في رأس المال وقتلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولو لكانه عنان عام فكأنهما باشرا شركة العنان ولقبها بقلب فاسد الخ

شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله ، وهو عبد مابق عليه من السعاية شيء . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول : هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء ، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه . ولو كان الذى أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر ، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما ، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذى لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذى أعتقه والولاء كله للذى أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً . وكان يقول : إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبع العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً . وبه نأخذ (١) .

(١) وهو قول الامام محمد أيضاً . والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ج ٧ واحتج لهما السرخسى فقال : لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس فيه شريك » . وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أ يضارضى الله عنه . والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء . فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضاً كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فأبطاله بالطلاق لا يتجزى الخ . قال : واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ماعتق ورق مارق » . وقال على رضى الله عنه : « يعتق الرجل من عبده ماشاء » ، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم : « فهو حر كله » سيصير حراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا ، ولأن هذا إزالة ملك الميم فيتجزأ في المحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو

أرأيت ما أعتق منه أ يكون رقيقاً ؟ فان كان ما أعتق منه يكون رقيقاً فقد عتق ، فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق ؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للزوج على حالها ؟ وكذلك الرقيت . وبهذا نأخذ إلا خصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذى أعتقه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يعتق بعضه وبعضه رقيق . وهذا كله بمنزلة العبد مادام منه شئ رقيق أو يسعى فى قيمته ، أرأيت لو أن الشريك قال : نصيب شريكى منه حر وأما نصيبى فلا ، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك ، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل ؟

قال : ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأنكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدى المكاتب شيئاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : المكاتب باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها منفعة تصل إليه وليس

مالك للمالية دون الرق ، فالرق اسم لضعف ثابت فى أهل الحرب مجازاة وعتوبة على كفرهم وهو لا يحمّل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق فى المحل كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة فى المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحمّل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شئ منه باعتراف البعض عند أبى حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا فى حكم واحد ، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد فى الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ . وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد فى الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحمّل للفسخ ، وإنما يسمى فعله إعتاقاً مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط يعقبه العتق الذى هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملاقياً للرق الخ

ذلك له دون صاحبه . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : المكاتبه جائزة وليس للشريك أن يردها . ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلا في قول ابن أبي ليلى ^(٢) حتى ينظر ما يصنع في المكاتبه ، فان أداها إلى صاحبها عتق وكان الذي كاتب ضامنا لنصف القيمة والولاء كله له . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : عتق ذلك جائز ويخير المكاتب ، فان شاء ألغى الكتابة وعجز عنها ، وإن شاء سعى فيها ، فان عجز عنها كان الشريك الذي كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذي أعتق إن كان موسراً ، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته ، وإن شاء أعتق العبد ، فان ضمن الذي أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن

(١) وبه أخذ الامام محمد أيضاً أفاده السرخسى قال : لأن في إبقاء هذا العقد ضرراً على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة ، ومن تصرف في ملكه تصرفاً يلحق الضرر بغيره فان ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه ، ألا ترى أن للشفيح أن يأخذ الشقص بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ؟ وهذا العقد يحتمل الفسخ ، فقلنا : يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه ، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجماً أو نجمين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه ، وبه فارق حتمية العتق فانه غير محتمل للفسخ فدفع الضرر يكون بالتضمن هناك ، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك في إبقاء البيع في نصيب الشريك

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تجزأ عنده فاذا أدى البدل عتق الكل من جهته فصار ضامنا لنصف قيمته لشريكه . وعند أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يصر مستحقاً لنصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك في نصيبه ويسعى المكاتب في بدل الكتابة ، وإن شاء في نصف قيمته للشريك الآخر ، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزىء — السرخسى

قال : ولو أن مملوكاً بين اثنين دبره أحدهما ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس للأخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : له أن يبيع حصته

وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو له خاصة . وبهذا نأخذ (٢) . قال : وتنتقض المفاوضة إذا قبض ذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو بينهما نصفان

قال : وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر البتة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الذى دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان . وكان ابن أبي ليلى يقول : التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً ، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسى . قال : وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمتنع على الشريك أيضاً بيع نصيبه اعتباراً لحق العتق بحقيقة العتق الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً . أفاده السرخسى ، لأننا نقول : عقد المفاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلاً لصاحبه فى ذلك التصرف وهذا فى الارث لا يتحقق ، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فإن الوراثة خلافة فبقي للوارث الملك الذى كان ثابتاً للورث . وسبب هذه الخلافة لم يوجد فى حق الشريك . ولوقلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما فى الموهوب والموروث لبطلت فى نفسها ، لأنها تصير فى معنى القهار والمخاطرة وذلك باطل شرعاً

والولاء كله للعتق^(١). وقال أبو يوسف : إذا دبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته ، وعتق الآخر باطل لا يجوز فيه^(٢)

باب في المكاتب

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك . وبه نأخذ^(٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : المكاتب له المال وإن لم يشترط

قال : وإذا قال المكاتب : قد عجزت وكسر مكاتبته وورده مولاه في الرق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ذلك جائز . وبهذا نأخذ . وقد بلغنا

(١) هذه المسألة متقدمة في المبسوط على مسألة الشركة التي قبلها. قال السرخسي: ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاء. وقد قررنا هذا في العتق، كما أنه إذا نفذ الاستيلاء من أحدهما في نصيبه لم يبطل ذلك باعتاق الآخر فكذلك إذا نفذ التدبير. وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقاً له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكّن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه

(٢) قلت : وهو قول محمد رحمه الله ، وذلك لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً لأنه صار متملكاً على شريكه نصيبه وضمن التملك لا يختلف باليسار والاعسار

(٣) وبه قال محمد . أفاده السرخسي ، لأننا نقول : ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إنما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإنما أضيف العتد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ونحن نسلم أنه بعقد

عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتبه له حين عجز وكسر مكاتبته ^(١) عند غير قاض . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : لا يجوز ذلك إلا عند قاض . وكذلك لو أتى القاضى فقال : قد عجزت ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يرده . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أردّه حتى يجتمع عليه نجمان ^(٢) قد حلا عليه في يوم خاصم إليه . ثم قال أبو يوسف بعد : لا أردّه حتى أنظر فإن كان نجمه قريبا وكان يرجى لم يعجل عليه

قال : وإذا تزوج المكاتب ^(٣) أو وهب هبة أو عتق عبداً أو كفل بكفالة أو كفل عنه رجل لمولوا بالذى عليه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هذا كله باطل لا يجوز . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : نكاحه وكفالاته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز . وأما عتقه وهبته فهو موقوف ، فإن عتق أمضى ذلك ، وإن رجع بمالها فذلك كله مردود ^(٤) .

الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لمنافعه لا لماله وبعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا — السرخسى

(١) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان الجبلى عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما له على ألف دينار فأداها إلا مائة فردّه فى الرق

(٢) قال السرخسى : وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لا يرد إلى الرق حتى يجتمع عليه نجمان

(٣) قال السرخسى : وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لمسا فيه من اكتساب المال ، وبطلان كفالاته عنده ليس بطريق أنه ينزع ولكن بطريق انعدام المحلّية ، لأن الكفالة التزام المال فى الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل ، وقيام الرق فيه يخرجّه من أن يكون أهلا لالتزام المال فى ذمته عنده فلهذا قال : لا تنفذ كفالاته بعد ما عتق

(٤) قال السرخسى : فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق ، لأن نفوذ

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه؟ أرأيت رجلا كفل لرجل عن عبده كفاالة أليست باطلا؟ فكذلك مكاتبه . وبهذا تأخذ . وبلغنا عن إبراهيم أنه قال : لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبه عبده ، لأنه عبده وإنما كفل له بماله ^(١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا كان له مال حاضر فقال : أوديه اليوم أو غدا ، فإنه كان يقول : يؤجله ثلاثة أيام

باب فى الأيمان

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا قال الرجل لعبده : إن بعثتك فأنت

هذا التصرف باعتبار حتمية الملك والرق ينافى الأهلية لذلك . وأما كفالته فلا تكون صحيحة مالم يبتق فاذا عتق نفذ ، بمنزلة كفاالة العبد فان ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب فى ذمة الرقيق إلا ساغلا مالية رقبته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لاقى محلا هو حقه كان صحيحا فى حقه ، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى . قلنا : ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق . ولو كفل لإنسان عنه يبدل الكتابة لمولاه لم يحز عندنا لأن الكفاالة تستدعى ديننا صحيحا وقيام الرق يمنع وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه ، لأنه التزام للمطالبة والمطالبة يبدل الكتابة لا تقوى فى حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه

(١) أخرجه أبو يوسف فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بمال عن مكاتبه أن ذلك باطل ، وكيف يجوز وإنما كفل بماله عن عبده؟ وأخرجه عنه فى تمام آخر ولفظه : الكفاالة عن المكاتب ليست بشيء . لأنه كفل له بماله . وأخرجه محمد أيضا فى آثاره عنه أنه قال فى الكفاالة فى المكاتب ليست بشيء . إنما هو مالك كفل لك به ، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفاالة بعض مكاتبته رد المكاتب فى الرق ولم يكن لك ما أخذت ، لأن ما أخذت منهم فهو ملك لهم وفى رقة عبدك . قال محمد : وبه تأخذ ، إذا كفل الرجل الرجل بالمكاتبه عن مكاتبته فالكفاالة باطلة ، وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه

حر ثم باعه، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا يمتق، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن على المشتري، لأنه حلف يوم حلف وهو فى ملكه^(١). وكذلك لو قال البائع: إن كلمت فلانا فأنت حر فباعه ثم كلم فلانا، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا يعتق، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الخالف؟ رأيت لو أعتقه المشتري أيرجع إلى الخالف وقد صار مولى للمشتري؟ رأيت لو أن المشتري ادعاه وزعم أنه ابنه فأثبت القاضى نسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذى حلف عليه أن لا يكلمه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول؟ وكان ابن أبي ليلى يقول فى هذا: يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب. وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلانا ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة، يملك

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن فى اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصول الجزاء، وعنده لا يشترط، ويعتبر قيام الملك فى المحل بالأهلية فى المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعبيده: إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الخالف ثم وجد الشرط يتبع الطلاق والعتاق، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير الملك فى المحل. فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار الملك فى المحل أولى. ولكننا نقول: المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمَنْجَز فكما أن تنجيز العتق لا يصح إلا عند قيام الملك فى المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط، إلا أنه يصير كالمَنْجَز بذلك الكلام السابق، وذلك الكلام صح منه فى حال إقامته والجنون إنما ينافى الأهلية للكلم بالطلاق والعتاق على وجه يكون لإيقاعه فى حتمه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط - السرخسى

الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم (١) فلانا، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا يقع عليه (٢) الطلاق الذى حلف به، لأنها قد خرجت من ملكه، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجا غيره ثم كلم الأول فلانا وهى عند هذا الرجل لم يقع (٣) عليها الطلاق وهى تحت غيره. وبه نأخذ. وكان ابن أبى ليلى يقول: يقع عليها الطلاق، لأنه حلف بذلك وهى فى ملكه

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها أبداً فهى طالق ثلاثا وكل مملوك أمملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشتري مملوكا وتزوج امرأة، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة، ألا ترى أنه طلق بعد مملك وأعتق بعد مملك؟ وقد بلغنا عن على رضى الله عنه أنه كان يقول: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك (٤)». فهذا إنما وقع بعد الملك كله، ألا ترى أنه لو قال: إذا تزوجتها

(١) كذا فى الأصل. وفى المبسوط: «ثم كلمت» وكل محتمل

(٢) كذا فى الأصل ولعل الصواب عليها

(٣) كذا فى الأصل ولعله أيقع بهمز الاستفهام

(٤) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن على رضى الله عنه مرفوعا ولفظه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق. وأخرج عن الزهرى عن عروة عن المسور مرفوعا: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك». وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك». وروى عن النيانى عن أبى عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح» وروى عن عمرو ابن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروى عن النزال عن مسروق عن على قوله: «لا طلاق إلا بعد

أو ملكتها فهي طالق صارت طالقاً؟ وبهذا نأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأمته: كل ولد تلدينه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حراً؟ فهذا عتق. ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصرًا من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رضى الله عنه فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال: إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع^(١). وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشتراها فوطئها، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو

عنكاح» وروى مثله عن عروة عن عائشة. وروى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك»

(١) قال المولى على القارى في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير زيادة وصف دنالك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن

لا يملكها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تعتق فان قال : إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشتراها فوطئها ، فهي حرة في قولهما جميعاً

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف : وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يبني فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجها منها بعد ما بنى ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : نخرجه ^(١) . ويقال للذى بنى : انتقض بناك . وبهذا نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : الذى أعاره ضامن لقيمة البنيان والبناء للمعير . وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣) . فان وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء فى قولهما ^(٤) جميعاً

قال : وإذا أقام الرجل البيئة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذى هى فى يديه من غلة النخل والأرض والثمن ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الذى كانت فى يديه ضامن لما أخذ من الثرة . وبه نأخذ ^(٥) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه فى ذلك

(١) وفى نسخة الأصل : إن شاء أخرجه

(٢) وفى نسخة الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة فى العارية

ص ١٤١ ج ١١ من المبسوط السرخسى مع البسط والدلائل

(٣) وفى نسخة الأصل : المسعودى عن القاسم عن شريح أنه قال : أيما رجل

أذن لرجل أن يبني فى ملكه ثم أخرجه ضمن البناء

(٤) وفى بعض نسخ الأصل : فى قولهم . والمسألة فى العارية ص ١٤١ ج ١١

من المبسوط وفيها خلاف زفر ذكرها مع الحجج

(٥) وفى بعض نسخ الأصل : وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد . والمسألة ذكرت

فى العارية ص ١٤٩ ج ١١ من مبسوط السرخسى قال : ولكننا نقول : الثرة عين

قال : وإذا زرع الرجل الأرض ^(١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الزرع للذى كانت فى يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويتصدق بالفضل ^(٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : لا يتصدق بشىء وليس عليه ضمان

قال : وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعملها وأقام فيها سنتين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن لما نقصت الأرض فى السنة الثانية ويتصدق بالفضل ويطلب أجر السنة الأولى ^(٣) . وكان ابن أبى ليلى يقول : عليه أجر مثلها فى السنة الثانية

قال : وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً فى أرض رجل أو داره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذى وجده منه شىء ^(٤) . وكان ابن أبى ليلى يقول : هو للذى وجده وعليه الخمس ^(٥) ولا شىء لصاحب الدار والأرض فيه . وبه نأخذ ، والله أعلم

باب فى الأجير والاجارة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا اختلف الأجير والمستأجر

مال متقوم بدليل جواز بيعها وهى مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لملكه بالاتلاف كولد الجارية والحمل فى الشاة إذا أتلفها

(١) وفى نسخة من الأصل : وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها

(٢) وفى نسخة من الأصل زاد : وهو قول محمد

(٣) وهو قول محمد . أفاده فى الأصل

(٤) وهو قول الامام محمد كما ذكره فى الأصل

(٥) وفى نسخة : ويخمس ، وكذا فى الحرف الذى قبله . والمسألة فى ختم كتاب

الاعارة من المبسوط .

في الأجرة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل . وبهذا نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، وينبغى كذلك في قول ابن أبي ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف

(١) وبه قال محمد . والمسألة في كتاب الاجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال : ولو اختلفنا في الأجر وقد عمله عملا على ما وصفه له ، فان أقاما البينة فالبينة بيينة العامل ، لانه ثبتت الزيادة في حته وهو الأجر فنترحح بينته بذلك ، وإن قال رب الخف : عملته لى بغير أجر ، وقال العامل : عملته بدرهم ولا بيينة بينهما ، فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم ، لأن العامل يدعى عليه الدرهم دينا في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين ، فاذا حلف غرم له ما زاد النعل في خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر ، لأن رب الخف يدعى عليه هبة النعل ، وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه ، وإذا حلف اتنى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته ، لاحتباس ملك الغير عنده ، ولا يجب أجر المثل لأن المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد والتسمية وقد اتنى ذلك ، فأما العين متقوم بنفسه . ولو أقاما البينة أخذت ببيينة العامل ، لاثباته الزيادة ، إلى أن قال : ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة ، فان لم يكن أخذ في العمل تحالفا وترادا ، لأن الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البديل فيعم ذلك أنواع البيوع ، ثم قال : وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب ، إلى أن قال : ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقى يتحالفاً اعتبارا للبعض بالكل ، إلى أن قال : وعلى قول ابن أبي ليلى : القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ

قال : وإذا استأجر الرجل بيتاً شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان فجاوز بها ذلك المكان ^(١) ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الأجر فيما سمي ولا أجر له فيما لم يسم ، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجرة . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : له الأجر فيما سمي ، وفيما خالف إن سلم ، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجراً في الخلاف إذا ضمنه

قال : وإذا تكارى الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم ^(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطبت الدابة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما زاد عليها وعليه الأجر تاماً إذا كانت قد بلغت

(١) وعند السرخسى : ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر ، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر . قال : لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان ، ولأنه بالضمان ملك المضمون ، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه ، ولكننا نقول : لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل دينا في ذمته ثم بالمجازرة صار غاصبا ضامناً فلا يسقط عنه الأجر بذلك ، بمنزلة ما لو أوردها على صاحبها ثم ذصبها منه . وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاوزة ، والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفائها قبل ذلك . قلت : وذكر المسألة في الاجارة في ص ١٥١ ج ١٥ أيضاً وقال معللاً لها : لأنه غاصب في السكنى ، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، وعند ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثاني . وقد بينا نظيره في العارية ، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضاً وقال فيها : لم يضمن عند الامام في قوله الأول ثم رجع

(٢) الختوم : الصاع بعينه عن أبي عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : «الوسق

المكان . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه (١)

قال : وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذى فيها وقد حمله بأجر فغرقت فى مده أو معالجته السفينة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو ضامن . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا ضمان عليه فى المد خاصة

باب القسمة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل فى دار لا يكون بيتاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له ، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير ؟ وبهذا نأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يتسم شئ منها

(١) قال فى باب ما يضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط : ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الأجر كاملاً ، لاستيفاء المعقود عليه بكاله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد . وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس الخ

(٢) قال فى المبسوط ص ١٠ ج ١٢ : قال أبو حنيفة فى الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ريح أو موج أو شئ وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح ، لأن التلف حصل من عمله ، وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذفه فهو ضامن ، لأن هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك

(٣) قال السرخسى فى القسمة ص ١٣ ج ١٥ : فإن كانت دار بين رجلين

باب الصلاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أتى الرجل إلى الامام في أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الامام عند فراغه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يقوم الرجل فيقضى ولا يكبر معه ، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يكبر ثم يقوم فيقضى

قال : وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليهم التكبير . أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة ^(٢) عن إبراهيم أنه قال : التكبير

ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبي ذلك صاحب القليل عندنا . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها ، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصابتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بيته ، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة . ثم احتج لكلا القولين

(١) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٥ : والمسبوق يتابع الامام في سجود السهو ، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة . وعلى هذا إذا نسى الامام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه ، وإذا نسى التكبير أو التلبية أو تركهما متأولاً لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة

(٢) هو عبيدة مصغرا ابن معتب بكسر المنة الضبي أبو عبد الرحيم ، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي . روى عن إبراهيم النخعي وأبي وائل ، وعنه شعبة وهشيم .

على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذى يصلى وحده وفى جماعة ، وعلى المرأة . وبه نأخذ (١) . حدثنا مجالد (٢) عن عامر مثله

قال : وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة . أخبرنا بذلك (٣) عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم . وبه نأخذ .

قال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه . علق له البخارى فرد حديث . وروى له أبو داود والترمذى وابن ماجه

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٤ : وقال أبو يوسف ومحمد : كل من يصلى مكتوبة فى هذه الأيام فعليه التكبير مسافرا كان أو مقيما فى المصر أو القرية رجلا أو امرأة فى الجماعة أو وحده . وهو قول إبراهيم ، لأن هذه التكبيرات فى حق غير الحاج بمنزلة التلبية فى حق الحاج ، وفى التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك فى التكبيرات ، وأبو حنيفة احتج بما روينا « لا جمعة ولا تشريق إلا فى مصر جامع » قال الخليل والنضربن شميل : التشريق فى اللغة التكبير ، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال فى حديث على رضى الله عنه : « لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولاضحى إلا فى مصر جامع » فقد ثبت فى الحديث أنه بمنزلة الجمعة فى اشتراط المصر فيه ، فكذلك فى اشتراط الذكورة والاقامة والجماعة ، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط فى صلاة الجمعة

(٢) هو مجالد بن سعيد بن عمير الهمدانى أبو عمرو السكونى أحد الأعميان ، روى عن الشعبي وأبى الوداك وطائفة ، وعنه ابنه اسماعيل والثورى وابن المبارك وخلق . ضعفه ابن معين . وقال ابن عدى : عامة ما يرويه غير محفوظ . وقال النسائى : ثمة وعنه ليس بالقوى . روى له مسلم مقرونا والأربعة . مات سنة ١٤٤

(٣) أى أبو يوسف . وهذه مقولة الامام محمد راوى الكتاب ، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتيبة . قلت : روى البيهقى من طريق على بن عاصم عن خالد الخذاء عن على بن الأقر عن أبى الأحوص عن عبد الله يعنى ابن مسعود قال : من لم يدرك الامام راكعاً لم يدرك تلك الركعة . وروى عن الوليد بن مسلم عن مالك

وكان ابن أبي ليلى يقول: يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته (١)
وكان أبو حنيفة رضى الله عنه ينهى عن القنوت في الفجر. وبه نأخذ (٢).

وابن جريج عن نافع أنه كان يقول: من أدرك الامام راكعا فركع قبل أن يرفع
الامام رأسه فقد أدرك تلك الركعة. وروى عن أبي هريرة مرفوعا «من أدرك ركعة
من الصلاة فقد أدركها قبل أن يتم الامام صلبه» وروى عن شعبة عن عبد العزيز
ابن ربيع عن رجل مرفوعا: «إذا جئتم والامام راكع فاركعوا، وإن كان ساجدا
فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفي رواية «من لم يدرك
الركعة لم يدرك الصلاة» وفي رواية عن أبي هريرة رفعه: «إذا جئتم ونحن سجدون
فاسجدوا ولا تعتدوا شيئا، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة»

(١) قال الامام السرخسى في مبسوطه محتجا لابن أبي ليلى: لأن حالة الركوع
بمنزلة حالة القيام، فان القائم إنما يفارق القاعد في استواء النصف الأسفل منه
دون النصف الأعلى. والراكع في هذا والمتصف سواء، ولهذا لو ركع معه كان
مدركا للركعة فكان إدراكه إياه في حالة الركوع وإدراكه في حالة القيام سواء،
ولو أدركه قائما ثم سبته الامام بالركوع والسجود فانه يتابعه يركع ويسجد
ويكون مدركا للركعة فكذلك هنا. ولكننا نقول: شرط إدراك الركعة أن يشارك
الامام في حتمية القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا
للكعة، فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما
في القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع، فاذا أدركه قائما فقد شاركه في حتمية
القيام وكان مدركا للركعة. وأما إذا أدركه راكعا فهو لم يشاركه في حتمية القيام
فلا بد من أن يشاركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة،
فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام وفيما
هو مشبه للقيام فلا يعتمد تلك الركعة، كما لو أدرك في السجود، إلى أن قال: فأما
إذا ركع قبل أن يرفع الامام رأسه فهو مشارك للامام في القيام والركوع جميعا،
أما في الركوع فلا يشكل، وفي القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام، فهذا الحرف
يقع الفرق بين الفصلين

(٢) قلت: وهو قول الامام محمد، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت

في صلاة الصبح إلا في النازلة

ويحدث به عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا شهراً واحداً حارب حياً من المشركين فقنت يدعو عليهم^(١) وأن أبا بكر رضى الله عنه

(١) قلت : رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلاً ، وكذلك عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله رضى الله عنه موصولاً ، والمرسل أخرجه الامام محمد أيضاً في آثاره . والموصول أخرجه الحارثي أيضاً والأشثاني وابن خسرو عن الأشثاني من طريق الامام أبي يوسف عنه ، وأخرجه طلحة وابن خسرو عنه عن أبان بن أبي عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله ، وأخرجه الحارثي من طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفى عن أبي سعيد الخدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يقنت إلا أربعين يوماً يدعو على عصىه وذكوان ، ثم لم يقنت إلى أن مات ، قلت : حديث الدعاء على عصىه ورعل وذكوان أخرجه البخارى ومسلم وأصحاب السنن عن أنس وغيره ، وأما فغل أن بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضى الله عنه لم يقنت حتى لحق بالله تعالى . وأخرجه الأشثاني وابن خسرو عنه من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة : قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل ، وأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم بلفظ : ماقت أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على حتى حارب أهل الشام فكان يقنت . وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الامام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا ، يعنى في صلاة الفجر ، وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود قال : صحبت عمر رضى الله عنه سنتين لم أره قانتاً في سفر ولا حضر ، وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه وابن خسرو من طريق الحسن عنه ، وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع الفئوت إذا لم يحارب ، وأخرجه طلحة ابن محمد أيضاً من طريق أبي يوسف عنه وابن خسرو من طريق أبي مطيع البلخي عن شريك بن عبد الله عنه . وأخرجه الطحاوى من طريق أبي شهاب الحياط عنه . وأخرجه من طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن

لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل ، وأن ابن مسعود رضى الله عنه لم يقنت في سفر ولا في حضر ، وأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يقنت ، وأن ابن عباس رضى الله عنهما لم يقنت ، وأن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لم يقنت وقال : ي أهل العراق أنبثت أن إمامكم يقوم لا قارىء قرآن ولا راع ، يعنى بذلك القنوت ، وأن علياً رضى الله عنه قنت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك ، وقنت معاوية رضى الله عنه بالشام

وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم يقنت . وأما حديث ابن عباس فلم أجد من أخرجه عن الامام . وأخرجه الامام محمد في الحجّة عن أبي يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمي قال : صليت مع ابن عباس الصبح مرارا فلم يقنت . وأخرجه عن أبي إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يقنتان . وأخرجه الطحاوى في معاني الآثار من طريق الثورى عن واهد عن سعيد بن جبيرة قال : صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يقنتان في صلاة الصبح . وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يقنت في صلاة الفجر . ورواه عن طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال : صليت خلف ابن عباس في داره الصبح فلم يقنت قبل الركوع ولا بعده . ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران : صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يقنت . وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن الصلت بن بهرام عن حوط عن أبي الشعثاء عنه . وأخرجه الأشعري أيضا من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور . وأما حديث علي رضى الله عنه فمر تخريجه في ضمن حديث أبي بكر رضى الله عنه . وأخرجه أبو يوسف أيضا في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن عليا رضى الله عنه قنت يدعو على معاوية رضى الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه ، وقنت معاوية يدعو على علي فأخذ أهل الشام عنه . وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه

يدعو على على رضى الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك . وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت فى الركعة الآخرة بعد القراءة وقبل الركوع فى الفجر ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قنت بهاتين السورتين : اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ، ونثنى عليك الخير ، ونشكرك ولا نكفرك ، ونخلع و نترك من يفجرك ، اللهم إياك نعبد ، ولك نصلى ونسجد ، وإليك نسعى ونحفد ، ونرجو رحمتك ونخشى عذابك ، إن عذابك بالكفار ملحق . وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنهم بهذا الحديث (١) ويحدث عن على رضى الله عنه أنه قنت (٢)

(١) قلت : رواه الطحاوى فى معانى الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال : صليت خلف عمر رضى الله عنه صلاة الغداة فتنت فيها بعد الركوع وقال فى قنوته : اللهم إنا نستعينك . إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب . ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبد الله الهمداني عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال : « ونثنى عليك ولا نكفرك ، ونخشى عذابك الجذ » . ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عبدة بن أبي لباثة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أن عمر قنت فى صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين . وروى عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقنت فى صلاة الصبح بسورتين : اللهم إنا نستعينك ، اللهم إياك نعبد . وروى عن همام عن قتادة عن أبي رافع قال : صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرا بالأحزاب فسمعت قنوته وأنا فى آخر الصفوف . وروى عن سفيان وإسرائيل عن مخارق عن طارق بن شهاب قال : صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة فى الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع

(٢) وأخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار من طريق هشيم عن عطاء بن

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى صلاة الخوف (١) : يقوم الامام وتقوم معه طائفة فيكبون مع الامام ركعة وسجدتين ويسجدون معه فينفلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بازاء العدو ثم تأتى الطائفة التى كانت بازاء العدو فيستقبلون التكبير ثم يصلى بهم الامام ركعة أخرى وسجدتين ويسلم الامام فينفلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بازاء العدو وتأتى الأخرى فيصلون ركعة وحدانا ثم يسلمون ، وذلك لقول الله عز وجل : «ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا

السائب عن أبى عبدالرحمن عن على أنه كان يقنت فى صلاة الصبح قبل الركوع .
ورواه من طريق ابن معقل عنه

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٣ ص ٤٥ : اعلم أن العلماء اختلفوا فى صلاة الخوف فى فصول : أحدها أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال : كانت فى حياته خاصة ولم تبقى مشروعة بعده . هكذا ذكره فى نوادر أبى سليمان لتوله تعالى : « وإذا كنت فىهم فأقمت لهم الصلاة » فتد شرط كونه فىهم لاقامة صلاة الخوف ، ولأن الناس كانوا يرغبون فى الصلاة خلفه مالا يرغبون فى الصلاة خلف غيره ، فشرع بصفة الذهاب والمجيء لئال كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه ، وقد ارتفع هذا المعنى بعده . وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز لهم أداؤها بصفة الذهاب والمجيء . قال الامام الطحاوى : وهذا القول عندنا ليس بشيء ، لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قدصلوها بعده ، قدصلاها حذيفة بطبرستان ، وما فى ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن نذكره هاهنا ، فان احتج فى ذلك بقوله تعالى : « وإذا كنت فىهم فأقمت لهم الصلاة » الآية فقال : إنما أمر بذلك إذا كان فىهم فإذا لم يكن فىهم انقطع ما أمر به من ذلك ، قيل له : فقد قل

معك». وكذلك بلغنا عن عبدالله بن عباس وإبراهيم النخعي^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف الأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رءوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، ويتأخر الصف الأول فيصلى بهم الإمام الركعة الأخرى

عز وجل: «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وصل عليهم» الآية فكان الخطاب هاهنا له، وقد أجمع أن ذلك كان معمولا به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبدالله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي صلى الله عليه وسلم وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يتقطعها فلا ينبغي أن يفعل فيها شيئاً لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يتقطعها ما يتقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يتقطعها الذهاب والمجيء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً — شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثارهما. أما حديث ابن عباس فعن الامام عن الحارث بن عبدالرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحجّة أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفیان عن خصيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعاً نحو ما روى الامام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والستة والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبدالرحمن بن سمرة أنه صلى في غزوة كابل نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريبا منه يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين علمه حذيفة، رواه الطحاوي وغيره

كذلك^(١) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القبلة قام الامام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعاً ويركع ويركعون جميعاً ثم يسجد الصف الذى مع الإمام سجدتين ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويحى الآخرون فيسجدون ويصلى بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعاً ويسجد معه الصف الذى معه ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويحى الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعاً

(١) قال فى المبسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو فى ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعاً، فإذا ركع الامام ركعوا معه، وإذا سجد الامام سجد معه الصف الأول، والصف الثانى قيام يحرسونهم، وإذا رفعوا رءوسهم يسجد الصف الثانى والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رءوسهم سجد الامام السجدة الثانية ويسجد معه الصف الأول والصف الثانى قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم يسجد الصف الثانى والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رءوسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثانى فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلبوا معه. واستدل بحديث أبى عياش الزرقى رضى الله عنه، أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب ويحى. وعندنا إذا كان العدو فى ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلوا بصفة الذهاب والحى كما بينا أجزأهم، لان ظاهر الآية شاهد لذلك. قال الله تعالى: «ولأت طائفة أخرى لم يصلو فليصلوا معك»

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق عبدة ويحى بن سعيد القطان عن عبدالمالك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى من طريق أبى الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوى والبيهقى عن مجاهد عن أبى عياش الزرقى رضى الله عنه مثل حديث جابر

قال : وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : قد أساء وصلاته تامة . وكان ابن أبي ليلى يقول : يعيد بهم الصلاة

قال : وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا بأس بذلك . وكان ابن أبي ليلى يقول : أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين . وبه نأخذ (١) . قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يكبر على الجنائز أربعاً . وكان ابن أبي ليلى يكبر خمسا على الجنائز (٢)

(١) قلت : وهو قول الامام محمد أيضاً ، قال في المبسوط ج ١ ص ١٥٨ : والأربع أحب لى . وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين فسلم » واستدلالا بالتراويج ، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليمة ، فدل أن ذلك أفضل . ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالى رمضان فقالت : كان قيامه في رمضان وغيره سواء ، كان يصلى بعد العشاء أربع ركعات لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم أربعاً لاتسأل عن حسنهن وطولهن ، ثم كان يوتر بثلاث . ولأن في الأربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو أفضل . والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهى أربع بتسليمة فكذلك النفل . وأما قوله : ففي كل ركعة فسلم ، معناه فتشهد ، والشاهد يسمى سلاما لما فيه من السلام ، وصلاة التراويج إنما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أرواح على البدن ، وما يشترك فيه العامة يبنى على اليسر ، فأما الأفضل فهو أشق على البدن الخ

(٢) وفي المبسوط ج ٢ ص ٦٣ : والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات . وكان ابن أبي ليلى يقول : خمس تكبيرات ، وهو رواية عن أبي يوسف . والآثار قد

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يكره أن يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا جهرت فحسن ، وإذا أخفيت فحسن .^(١)

قال : وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توطأ ومسح على خفيه من حدث ثم نزع الخفين قال : يصلى كما هو ، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم .

اختلفت في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات ، فكان هذا ناسخا لما قبله ، وإن عمر رضى الله عنه جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم : إنكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك ، فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعاً فاتقوا على ذلك ، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وإيسر في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول : التكبيرة الأولى للافتتاح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة . وأهل الزيغ يزعمون أن علياً رضى الله عنه كان يكبر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعاً . وهذا افتراء منهم عليه ، فقد روى أنه كبر على فاطمة رضى الله عنها أربعاً . وروى أنه إنما صلى على فاطمة أبو بكر رضى الله عنه وكبر عليها أربعاً ، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعاً

(١) قال الامام السرخسى في ص ١٧ من المجلد الأول من مبسوطه : وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول : يتخير الامام في التسمية بين الجهر والمخافتة . وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع ، وتكبيرات العيد ، ونحوها ، يستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن ، ومن لا فلا حرج » وهذا ضعيف ، فإن آخر الفعلين يكون ناسخا لأولهما والقول بالتخير بين الناسخ والمنسوخ عملاً لا يجوز

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال : لا يصلى حتى يغسل رجله (١) وبه نأخذ . قال : وذكر عن الحكم (٢) أيضا عن إبراهيم أنه قال : لا بأس بعد الآى فى الصلاة

قال : وإذا توضأ الرجل بعض وضوءه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يتم ما قد بقى ولا يعيد على مامضى . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : إذا كان فى طلب الماء أو فى الوضوء فانه يتم ما بقى ، وإن كان قد أخذ فى عمل غير ذلك أعاده على ما جف (٣) .

(١) وأخرجه هو فى آثاره أيضا ومحمد أيضا فى آثاره . قال السرخسى فى ج ١ ص ١٠٢ من مبسوطه : وعن إبراهيم النخعى فيه ثلاثة أقوال : روى حماد عنه كما هو مذهبنا ، وروى ابن أبى ليلى عن الحكم عنه أنه لا شىء عليه ، وروى الحسن ابن عماره عن الحكم عنه أن عليه استقبال الوضوء . ووجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتتمل التجزى كانتقاضه بالحدث ، ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض إلا بالحدث فى شىء من الأعضاء ، ونزع الخف ليس بحدث ، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كما يمنع سرية الحدث إلى القدم وذلك الاستتار بالخلع يزول فيسرى ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجله فعليه غسلهما . والرجلان فى حكم الطهارة كشىء واحد ، فاذا وجب غسل إحداهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل فى عضو واحد

(٢) وذكر : أى ابن أبى ليلى مثل ما ذكر فوقه عن الحكم . كذلك روى هنا . قلت : وأخرج أبو يوسف فى آثاره عن الامام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الآى فى الصلاة

(٣) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ص ٥٦ : وقال ابن أبى ليلى : إن كان فى طلب الماء أجزأه ، لأن ذلك من عمل الوضوء ، فان كان أخذ فى عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ما جف ، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل فى خلالها بعمل آخر . ولنا ما بيننا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير ^(١) عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم ^(٢) وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه في الصلاة قبل أن يسلم ^(٣) . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى بذلك بأسا . وبه نأخذ ^(٤)

بدون المواولة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الأعضاء ، فلو شرطنا المواولة كان زيادة على النص . وقد بينا أن مواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تكون لبيان السنة ، وأفعال الصلاة تؤدي بناء على التحريم ، والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريم فكان مفسدا ، بخلاف الوضوء فان أركان الوضوء لا تنبئ على التحريم حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفسدا له . والله أعلم

(١) هو سعيد بن جبير ، الوالبي مولاهم ، الكوفي ، الفقيه أحد الأعلام . روى عن ابن عباس وابن عمر وعبدالله بن مغفل وعدى بن حاتم وخلق ، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق . وقال اللالكائي : إمام حجة . وقال عبد الملك بن أبي سليمان : كان يختم في كل ليلتين . قال ميمون بن مهران : مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه . قتل سنة خمس وتسعين كهلا . قتله الحجاج فما أمهل بعده . قال خلف بن خليفة عن أبيه : شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال : لا إله إلا الله لا إله إلا الله ، فلما قالها الثالثة لم يتمها رضى الله عنه . قلت : هو من رواة الستة

(٢) قلت : قال البيهقي : وروى عن ابن عباس أنه قال : « لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم » ولم يذكر سنده

(٣) قلت : وأخرجه عنه في آثاره أيضا . وأخرجه محمد أيضا في آثاره . قال محمد : لا يرى بأسا بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم ، لأن تركه يؤذى المصلي وربما شغله عن صلاته ، وهو قول أبي حنيفة

(٤) قال في المبسوط ص ٢٧ : ولو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من

باب الزكاة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليه زكاة فيما في يديه حتى يخرج دينه فيزيكه (١) . وكان ابن ليلي يقول : عليه فيما في يديه الزكاة

صلاته لا بأس به ، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجهته نوع مثله فربما كان الحشيش الملتصق بجهته يؤذيه فلا بأس به . ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة لاخلاف في أنه لا بأس به ، فأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف قال : أحب إلى أن يدعه ، لأنه يتربث ثانيا وثالثا فلا يكون مفيدا . ولو مسح لكل مرة كان عملا كثيرا ، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب : لا ، مفصولا عن قوله : أكرهه فإنه قال في الكتاب : قلت : لو مسح جهته قبل أن يفرغ من صلته قال لا أكرهه يعنى لا تفعل فإني أكرهه ، لحديث ابن مسعود رضى الله عنه : « أربع من الجفاء : أن تبول قائما ، وأن تسمع النداء فلم تجبه ، وأن تنفخ في صلاتك ، وأن تمسح جبهتك في صلاتك » . وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعى إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اه . قلت : تأويل قول محمد غير مرضى كما علم من تصريحه في الآثار

(١) قال الامام السرخسى في مبسوطه ج ٢ ص ١٩٥ : ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رضى الله عنه : دين قوى وهو ما يكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقى في ملكه ، ودين وسط وهو أن يكون بدلا عن مال لا زكاة فيه لو بقى في ملكه كشياب البذلة والمهنة ، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال : كالمهر ، وبديل الخلع ، والصلح عن دم العمد ، ففي الدين القوى لا يلزمه الأداء مالم يقبض أربعين درهما فاذا قبض هذا المقدار أدى درهما وكذلك كلما قبض أربعين درهما ، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء مالم يقبض مائة درهم

قال : وكان ابن أبي ليلى يقول : زكاة الدين على الذى هو عليه . فقال أبو حنيفة رضى الله عنه : بل هى على صاحبه الذى هو له إذا خرج ، كذلك بلغنا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه ^(١) . وبهذا نأخذ

حينئذ يؤدى خمسة دراهم ، وفى الدين الضيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عنده ، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضى الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف ، وهو اختيار الكرخى على ما ذكره فى المختصر . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئا يلزمه الاداء بتدريه ، قل أو أكثر ، ما خلا دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض ، وذكر الكرخى أن المستثنى عندهما دينان : الكتابة والدية على العاقلة الخ . قلت : ومعنى قول الامام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه معسوف إلى ما عليه من الدين ، ولا يصرف الدين إلى الدين ، والله أعلم بالصواب

(١) أخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار ، وكتاب الحجية عن الامام عن الهيثم عن ابن سيرين عن على بن أبي طالب رضى الله عنه قال : « إذا كان لك دين على الناس فقبضته فزكه لما مضى » . قال محمد : وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة ، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذى يستعملها وينتفع بها . قال محمد : ولنا نأخذ بهذا ، ولكننا نأخذ بقول على : زكاتها على صاحبها إذا قبضها زكاها لما مضى . قلت : وحديث على أخرجه أبو عبيد فى كتاب الأموال والبيهقى من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن على رضى الله عنه فى الدين الظنون . قال : إن كان صادقا فليزكه إذا قبضه . قال البيهقى : قال أبو عبيد : قوله . « الظنون » هو الذى لا يدري صاحبه أيقضيه الذى عليه الدين أم لا ؟ كأنه الذى لا يرجوه . وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً . قلت : وأخرج البيهقى من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال : « زكوا ما كان فى أيديكم وما كان من دين فى ثقة فهو بمنزلة ما فى أيديكم ، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه ، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى بن

قال : وإذا كانت أرض من أرض الخراج . فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس فيها عشر ، لا يجتمع عشر وخراج . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه فيها العشر مع الخراج

قال : وإذا كانت الأرض من أرض العشر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : فى كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والزر والذرة وغير ذلك من أصناف الغلة ، العشر ونصف العشر . والقليل والكثير فى ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل . وكذلك حدثنا

أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي النضر عن ابن عباس قال فى الدين : إذا لم ترج أخذه فلا تركه حتى تأخذ فإذا أخذته فزكه عنه ما عليه — من ص ٤٣٢

(١) قال الامام السرخسى فى مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨ : وجه قولنا ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجتمع العشر والخراج فى أرض رجل مسلم » ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتياهم لأخذ أموال الناس ، وكفى بالاجماع حجة ، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب أرض واحدة وسببهما لا يجتمع ، فان سبب وجوب الخراج فتح الأرض عنوة وثبوت حق الغانمين فيها ، وسبب وجوب العشر لإسلام أهل البلدة طوعاً وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تناف ، فاذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعاً . قلت : أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثى وطلحة بن محمد والأشئانى وابن خسرو من طريقه والقاضى أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عنبسة عن الامام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يجتمع على مسلم عشر وخراج فى أرض »

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس في شيء من ذلك عشر إلا في الخنطة والشعير والتمر والزبيب . ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أو ست فصاعداً . والوسق عندنا : ستون صاعا . والصاع محتوم بالحجاجي^(٢) وهو ربع بالهاشمي الكبير ، وهو ثمانية أرطال . والمد رطلان . وبه نأخذ^(٣) . وقال أبو يوسف : ليس في البقول والخضراوات

(١) وأخرجه عنه في الخراج والآثار أيضا . وأخرجه الامام محمد في آثاره هكذا من قول إبراهيم . وأخرجه ابن خسرو في مسنده من طريق أبي مطيع عنه عن أبان بن أبي عياش عن أنس مرفوعا : « في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر » قال أبو حنيفة : ولم يذكر صاعكم . قلت : وأخرجه البزار عن قتادة عن أنس . وروى البخاري عن ابن عمر رفعه : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر » وروى ابن ماجه عن معاذ رضى الله عنه : بعثنى النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقى بفلاة ، العشر ، وما سقى بالدوالي نصف العشر »

(٢) في المغرب : والحجاج في الأعلام يحتمل أن يكون من الحج : الغلبة بالحجة ، أو من القصد . وبه سمى ابن يوسف وإليه ينسب الصاع ، لأنه آخذة على صاع عمر رضى الله عنه فيقال : الصاع الحجاجي والقفيز الحجاجي ، وهو ربع الهاشمي ، وهو ثمانية أرطال . وفيه : والمحتوم الصاع بعينه عن أبي عبيد ، ويشهد له حديث الخدرى : « الوسق ستون محتوما » . قلت : روى يحيى بن آدم القرشي عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال : قدم علينا الحجاج من المدينة فقال : إني قد اتخذت لكم محتوما على صاع عمر بن الخطاب . قال أبو عبيد في الأموال : وإنما سمى محتوما لأن الأمراء جعلت على أعلاه سئاتما مطبوعا لئلا يزداد فيه ولا ينقص منه

(٣) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢ : ثم عند أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين ، يعنى بهما قوله عليه السلام :

عشر ولا أرى في شيء من ذلك عشرا إلا الخنطة والشعير والحبوب .
وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق (١)

« ما سقت السماء ففيه العشر ، وما أخرجت الأرض ففيه العشر » وما روى عن ابن عباس أنه حين كان واليا بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة ، كما رويها ، ولأن النصاب في أموال الزكاة كان معتبرا لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لايجاب العشر ، فان أصل المال هنا لايعتبر فهو وخمس الركاظ سواء . والأصل عندهما أنه لايجب العشر فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق ، والوسق ستون صاعا ، فخمسة أوسق ألف ومائتا من . واحتجاجه بقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » . وأبو حنيفة يقول : تأويل الحديث زكاة التجارة ، فانهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فتقيمة خمسة أوسق مائتا درهم . والتفصيل في المبسوط

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢ : والأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما ليست له ثمرة باقية متصودة فلا شيء فيه كالبقول والخضر والرياحين ، إنما العشر فيما له ثمرة باقية متصودة . واحتجاجه فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس في الخضراوات صدقة » وتأويله عند أبي حنيفة صدقة تؤخذ : أى لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر به عليه ثم قال : ما كان نافها عادة يقيس وجوده على الغنى والفتير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا يجب الزكاة في الصيد والخطب والحشيش . وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فينا له الأغنياء دون الفقراء كالسواثم ومال التجارة فكذلك هنا ماله ثمرة باقية يعز وجوده ، فأما الخضراوات فتأفة عادة ، ولهذا أوجبنا في الزعفران ، ولم نوجب في الورد والوسمة لأنه لا ينتفع بهما انتفاعا عاما ، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه ينتفع به انتفاعا عاما ، ولم يوجب فيه محمد لأنه من الرياحين . وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين : هما من الخضر فلا شيء فيهما ، وفي الرواية الأخرى قال : يقعان في الكيل وبيتيان في أيدي الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر . والبطيخ والقثاء ، والخيار ، لا شيء فيها عندهما ، لأنها من الرطاب

قال : وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : إذا حال عليها الحول ففيها مسنة وربع عشر مسنة (١) وما زاد فبحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة . وأظنه حدثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاشيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة . وبه نأخذ . وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاشيء في الأوقاص (٢) » والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين . وبه نأخذ (٣)

وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبرا ، وكذلك في الثمار قال : لاشيء في الكمثرى والخوخ والمشمش والاجاص ، وما يجفف منها لا يعتبر . وأوجبنا في الجوز واللوز العشر ، وفي الفستق على قول أبي يوسف يجب العشر ، وعلى قول محمد لا يجب (١) زاد في المبسوط ج ٢ ص ١٨٧ : أو ثلث عشر تبع . فلعله سقط هنا من الأصل قلت : وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة أو ربع مسنة أو ثلث تبع ، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبعان . وهو قول أبي يوسف ومحمد

(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا إلى اليمن — الحديث فلما رجع سأل النبي صلى الله عليه وسلم عنه يعني الوقص فقال : « ليس فيها شيء » قال المسعودي : والأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين ، والأربعين إلى الستين . قال البزار : تفرد به بتمية عن المسعودي ، وتابعه الحسن بن عمار عن الحكم ، ورواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مرسلا — دراية . قلت : قال في المغرب : الوقص دق العنق وكسرها ، والوقص أيضاً ما بين الفريضتين كالشتمق ، وقيل الأوقاص في البقرة والشناق في الابل

(٣) وهو قول محمد أيضاً . وجه قول الامام أن نصب النصاب بالرأى لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين

قال : وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم فخال عليها الحول ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى الزكاة : يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يزيه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدینار تقوم الدراهم دنانیر ثم یجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيزيكها فى كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال . وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدینار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم . ففى كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهما ، فإذا بلغت فى كل أربعين زادت بعد المائتين درهم . وكان ابن أبى لیلی يقول : لا زكاة فى شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول : هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض ^(١) . وقال ابن أبى لیلی :

فاذا تعذر اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة فى قليله وكثيره بحساب ماسبق ، وحديث معاذ رضى الله عنه المراد به حال قلة العدد فى الابتداء . فان الوقص فى الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصاباً وذلك فى الابتداء يكون . وقيل المراد بالأوقاص الصغار وهى العجايل وبه نقول لأنه لا شيء فيها — من المبسوط

(١) وفى المبسوط ج ٢ ص ١٩٢ : ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأشج رضى الله عنه قال : من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة ، ومطلق السنة ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنهما مالان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابورى من الدنانير مع الهروى . وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة ، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففى حكم

مازاد على المائتي الدرهم والعشرين المتقال من شيء فبحسب ذلك ما كان من قليل أو كثير . وبهذا نأخذ في الزيادة (١) . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه

الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال ، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما ، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر اختلفت الرواية فيما يؤدي فروى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفا ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين ، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد ، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة . ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة : يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة ، وقال أبو يوسف ومحمد : باعتبار الأجزاء ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، ذكره في نوادر هشام . وبيان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوى مائة درهم أو خمسون درهما وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة وخمسين درهما ، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر وتجب الزكاة ، وعندهما يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء . ثم عند أبي حنيفة يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه أنه إذا كان للرجل مائة وخمسة وتسعون درهما ودينار يساوى خمسة دراهم أنه يجب الزكاة ، وذلك أن يقوم الذهب بالفضة . إلى أن قال محتجا للامام : وأبو حنيفة يقول : هما عيانان وجب ضم أحدهما إلى الآخر لا يجب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة ، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين ، فان الأموال أجناس باعتبار أعيانها ، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها الخ

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم النخعي رضى الله عنهم . وقال طاوس : لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم ، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم . واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « في مائتي درهم خمسة دراهم ومازاد فبحسب ذلك » .

ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهما (١). وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه (٢). وقال أبو يوسف رضى الله عنه: لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالا ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً. ولو كان له مع ذلك أربعون درهما لم يزك حتى يكون خمسين درهما، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أى ذلك فعل أجزأه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتى درهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال

واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « وفي كل مائتى درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم، ولم يرد به فى الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: « لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتى درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهما درهم» وقاس بالسواثم ففيها وقص بعد النصاب الأول، وكذلك فى النمود بعلة أن الزكاة واجبة فى الكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الأموال. وحديث على رضى الله عنه لم يتقبله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فالمصير إلى ما رويناه أولى — مبسوط

(١) وهو قول عمر رضى الله عنه كما فى المبسوط

(٢) وفى الجوهر النقي: وروينا من طريق ابن أبى شيبه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصرى قال: كتب عمر إلى أبى موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهما درهم. قال: وأخرجه الطحاوى فى أحكام القرآن من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبى شيبه بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه: « إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفى كل أربعين درهما درهم»

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويزكيه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويزكيه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أمر رجلاً تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيزكيها^(١)

باب الصيام

قال أبو يوسف رضى الله عنه: وإذا اكتحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك^(٢) ويكره أن يدهن شاربه يدهن يجد طعمه وهو صائم

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويزيد أي ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة عن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال: «مررت بعمر فقال: يا حماس أد زكاة مالك، فقلت: مالي مال لإلجباب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أد زكاتها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والدارقطني عنه رضى الله عنه

(٢) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكتحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلته. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلته فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولنا حديث أبي رافع «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة لإثمد في رمضان فاكتحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت

قال : وإذا صام الرجل يوماً من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : يجزيه . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه

أم سلة وعيناه مملوءتان كحلاكلته أم سلة . وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرضاً ثم صار منسوخاً ، ثم ما وجد من الطعام في إحلته أثر الكحل لا عينه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه في حلته فهو قياس الغبار والدخان ، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه ، فذلك من قبل المسام لامن قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الحلق مسلك ، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره . وعلى هذا إذا دهن الصائم شاربته ، فأما السعوط والوجور يفضله لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف ، والفطر بما يدخل . ولا كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به ، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر

(١) قال في الميسوط ج ٣ ص ٦٠ : ولنا حديث على وعائشة رضى الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك ، وكانا يقولان : لأن نصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوماً من رمضان ، وإنما كانا يصومان بنية النمل ، لا جماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منهما معنى . وقال في ص ٦٣ : رجل أصبح صائماً في رمضان قبل أن تبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس ، ومراده في هذا يوم الشك ، ومعنى الشك أن يستوى طرف العلم وطرف الجهل بالشيء ، وإنما يتبع الشك من وجهين : إما أن غم هلال شعبان فوق الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادى والثلاثون ، أو غم هلال رمضان فوق الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان ، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين » ولأنه حين نوى الفرض فقد اعتمد الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية

قال : وإذا أفطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر النهار ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس عليها كفارة وعليها القضاء . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يتمول : عليها الكفارة وعليها القضاء (١)

فما هو فرض ، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام ، لأن النهى ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه . فأما إذا صام فيه بنية النقل فلا بأس به عندنا ، وهو الأفضل

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٥ : رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم ، سقطت عنهما الكفارة عندنا ، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط . إلى أن قال : وقال زفر : تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض . وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجب الكفارة ديناً في الذمة ، والحيض والمرض لا ينافي بقاء الكفارة ، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليل سواء ، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلاً أو نهاراً . وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويتمول : الحيض ينافي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافي في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فأما المرض لا ينافي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم . ولكننا نقول : المرض ينافي استحقات الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح له الفطر . والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقات الصوم في يوم واحد لا يتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقات في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقات في أوله ، بخلاف السفر فإنه غير منافٍ للاستحقات ، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله ، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة ، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب ، ولا إسناد في الصور ، إنما ذلك في المعاني ، ثم السفر فعله ، والكفارة إنما وجهت حتماً لله تعالى فلا يسقط بفعل.

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: ذاك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحواً من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم^(١). وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليسا بمتتابعين^(٢)

العبد باختياره، بخلاف المرض والحيض فإنه سماوى لاصنع للعباد فيه، فإذا جاء العذر من له الحق تسقط به الكفارة، فإن سوفر به مكرها فتمد ذكر في اختلاف زفر ويعتوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف رضى الله تعالى عنه لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعباد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لاصنع له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة في السفر مكرها كيف تسقط!؟

(١) أخرجه أبو يوسف عن الامام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلا وكذلك أخرجه الامام الحسن بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المظفر وابن خسرو عنه. وأخرجه الامام محمد في الموطأ عن مالك والبخارى من طريق شعيب كلاهما عن الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أنى هريرة مسندا موصولا وفيه: شهرين متتابعين. والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم

(٢) قال الامام السرخسى في المبسوط: والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما روينا من الآثار حجة عليه. قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك. منها الحديث الذى ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر». قلت قال في الدراية: لم أجده هكذا. وأخرجه الدارقطنى (أى حديث الاعرابى) من طريق مجاهد عن أنى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذى أفطر يوما من رمضان بكفارة الظهر الخ

قال : وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكراً لصومه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء ، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه . وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا قضاء عليه إذا توضأ للصلاة مكتوبة ، وإن كان ذاكراً لصومه . وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : إذا توضأ للصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه ، وإن كان توضأ للصلاة تطوع فعليه القضاء

(١) وأخرجه عنه من طريق الامام في آثاره أيضاً . وأخرجه الامام محمد أيضاً في آثاره عنه . قال محمد : وبه نأخذ إن كان ذاكراً للصومه ، فإذا كان ناسياً للصومه فلا قضاء عليه ، وهو قول أبي حنيفة . قلت : قال الامام السرخسى في مبسوطه ج ٣ ص ٦٦ : ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للقيظ بن صبرة : « بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً » فالتهى عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه ، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور ، وهكذا القياس في الناسي ، ولكننا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه ، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن . ثم ركن الصوم قد انعدم معنى ، فإن الذى حصل له وإن كان مخطئاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه ، فإذا انعدم معنى أولى ، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور . وكان ابن أبي ليلى يقول : إن كان وضوءه فرضاً لم يفسد صومه ، وإن كان نقلاً ففسد صومه لهذا . وقال بعض أهل الحديث : إن كان في الثلاث لا يفسد صومه ، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه ، وذهب من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجنابة والاعتماد على ما ذكرنا . وتأويل الحديث (عنى به « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان . وما استكرهوا عليه » كما ذكره قبل هذا

باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول: لا تشعر البدن ويقول: الاشعار مثلة (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الاشعار في السنام من الجانب الأيسر. وبه نأخذ

قال: وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وقضاها، فإن أبا حنيفة

الاستدلال) أن المراد رفع الاثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيط بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط ابن صبرة عن أبيه

(١) وفي مبسوط السرخسى ج ٤ ص ١٣٨: وأما الاشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الاشعار هو أن يضرب بالمبضع في أحد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه. سمي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له. والاشعار: هو الاعلام. وكان ابن أبي ليلى يقول: الاشعار في الجانب الأيسر من السنام. وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده. وهو مروى عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوى: ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟! وإنما كره إشعار أهل زمانه، لأنه رأهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون الحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتهما من حيث المعنى، لأن المقصود من الاشعار والتقليد لإعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت، وإذا وردت الماء والعلف لم تمتع، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فانما يتم بالاشعار لأنه لا يفارقه فكان الاشعار حسناً لهذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الاعلام بالتقليد يحصل، وهو لا كرام البدنة، وليس في الاشعار معنى الاكرام، بل ذلك يؤذى

رضى الله عنه كان يقول : يحزبه أن يقضيها من التنعيم . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يحزبه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده (١) .

قال : وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاخير في شيء من صيد البحر سوى السمك ، وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا بأس بصيد البحر كله (٢) البدنة ، ولأن التجليل مندوب إليه ، وإنما كان مندوباً لدفع أذى الذباب ، والاشعار من جوارب الذباب فهذا كرهه أبو حنيفة رضى الله عنه

(١) قال السرخسى فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى من مبسوطه محتجاً لابن أبى ليلى : لأنه إنما يقضى ما فاته فعليه أن يقضيها كما فاته . ثم القضاء بصفة الأداء ، فإذا كان هو فى أداء هذه العمرة إنما أحرم له من الميقات فكذلك فى القضاء ، ولكننا نستدل بحديث عائشة رضى الله عنها ، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ارفضى عمرتك واصنعى جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » ثم أمرأها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التى فاتتها ، ولأن ما يلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالذمر . ومن نذر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن موجب نذره ، ولأنه وصل إلى مكة بالأحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها بأحرام صحيح ، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة فى الأحرام فى الحج والعمرة الواجب وغير الواجب فى ذلك سواء ، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة فى حكم قضاء هذه العمرة

(٢) قال السرخسى : والذى يرخص للحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للحرم ، ويجب الجزاء بقتله . وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل : « أحل لكم صيد البحر » الآية . فالحرم والحلال فيه سواء ، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل فى صيد البحر لا يتحقق ، ولأن صيد البحر ما يكون بحرى الأصل والمعاش كالسمك ، فأما الطير فهو برى الأصل بحرى المعاش ، لأن توأده يكون فى البر دون الماء فيكون

وقال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه عن حشيش الحرم فقال : أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتمش (١) منه . قال : وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال : لا بأس أن يحتمش من الحرم ويرعى منه (٢) . قال : وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح

من صيد البر ، ألا ترى أن ما يكون مائى الأصل وإن كان قد يعيش فى البر كالضفدع جعل ما ثيبا باعتبار أصله . حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء ؟ فكذلك ما يكون برى الأصل لا يرخص للمحرم فيه . قال ابن الهمام فى الفتح : واختلف فى أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ؟ فى المحيط : كل ما يعيش فى الماء يحل قتله وصيده للمحرم اه قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان ، وكلب الماء . وفى مناسك الكرماني : الذى يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول ، لأن قوله تعالى : «أحل لكم صيد البحر وطعامه» يتناول بحقيقته عموم ما فى البحر . وفى البدائع : أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعاً ما كولا أو غير ما كول ، واستدل بالآية ، وأما ما فى الأصل من قوله : والذى رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم ، فقد شرحه فى المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائى بالسمك ، فالضفدع جعله شمس الأئمة فى المبسوط من صيد البحر مطلقاً ، وكذا قاضيه خان ، . قلت : نص الامام بقوله : « لاخير فى شيء من صيد البحر سوى السمك » يأتى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح تخصيص الإباحة بالسمك . فالصحيح قول الكرماني دون ما فى المحيط ، والله أعلم

(١) فى المغرب : وحششت الحشيش : قطعته . واحتششته : جمعته —
عن الجوهري

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ١٠٤ : وكما لا يرخص فى قطع الحشيش فى الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص فى رعى الدواب فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا بأس بالرعى ، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون

فقال : لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش . وبه نأخذ . قال أبو يوسف رحمه الله : سألت أبا حنيفة رضى الله عنه (١) قال : لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل . وبه نأخذ (٢) . قال : وسمعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أنهما كرهما أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً . وحدثنا شيخنا عن رزين (٣) مولى على بن عبد الله بن عباس (٤) أن على بن عبد الله كتب إليه

على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعى الحشيش ففي ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج . وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه . فانه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم ، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بتعمله صلى الله عليه وسلم : « لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها » وفي الاحتشاش ارتكاب النهى ، وكذلك في رعى الدواب لأن مشافر الدواب كالمناجل . وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه ، فأما مع وجود النص لا معتبر به

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة ستمط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه ، والله أعلم
(٢) قال الامام السرخسى محتجا لأئمتنا : ولكننا نقول : ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراج من الحرم كالنبات ، وما لا يجوز إخراج من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد ، وبالاجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم ، فيكون له أيضا إخراج ذلك من الحرم . وما روى عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه ، فانهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير تكبير منكر ، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك ، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهرا بخلافه فانه لا يكون حجة

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي

(٤) على بن عبد الله بن عباس الهاشمى أبو محمد المدنى . روى عن أبيه وأبي هريرة ، وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم . قال ابن سعد : ثقة ،

أن يبعث إليه بقطعة من المروة (١) يتخذها مصلى يسجد عليها (٢)
قال : وإذا أصاب الرجل حماما من حمام الحرم ، فإن أبا حنيفة رضي الله
عنه كان يقول : عليه قيمته . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه شاة .
وسمعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة (٣)

قليل الحديث ، أجمل من على وجه الأرض . ولد سنة أربعين ، كان يسجد كل يوم
ألف سجدة . مات سنة ١١٧

(١) في المغرب : المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظارو هي كالسكاكين
ليذبح بها

(٢) ضمير المؤنث للمروة ، وكان في الأصل عليه بتذكير الضمير وليس
بصواب إلا أن يكون بتأويل الحجر

(٣) وهو قول محمد أيضا . وفي المبسوط ج ٤ ص ٨٣ : وأبو حنيفة وأبو يوسف
أخذوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه فسر المثل بالتيمة . والمعنى الفتهى يشهد
له ، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه ، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون
الحيوان مضمونا بالتيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى ، وكما أن المثل
منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى « فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم » يوضحه أن المماثلة بين الشيثيين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند
اختلاف الجنس ، فإذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة
والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير
مثلا له ، ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الانلاف ، فكذلك لا تكون البدنة
مثلا للنعامة ، وإذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة .
فأما قوله : « من النعم » فمد قليل : فيه تقديم وتأخير ومعناه فجزاء مثل ما قتل يحكم
به ذوا عدل منكم من النعم هديا بالغ الكعبة . إلى أن قال : وإيجاب الصحابة لهذه
النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان
ذلك أيسر عليهم من التمود ، وهو نظير ما قال على رضي الله عنه في ولد المغرور :
« يفك الغلام بالغلام ، والجارية بالجارية » المراد القيمة . والاختلاف في هذه المسألة

قال : وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جفرة أو شبه ذلك فقال : لا يجزىء في هدى الصيد إلا ما يجزىء في هدى المتعة : الجذع من الضأن إذا كان عظيما أو الثني من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجزىء مادون (١) ذلك ، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في جزاء الصيد : «هديا بالغ الكعبة» ؟ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال : يبعث به وإن كان عناقا أو حملا . قال أبو يوسف : آخذ بالآثر في العناق والجفرة . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : في ذلك كله قيمته . وبه نأخذ (٢)

في فصول : أحدها ما بينا ، والثاني أن الذى أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدى والاطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد الخيار إلى الحكمين ، فإذا عينا نوعا عليه يلزمه التكفير به بعينه . والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدى قال الله تعالى «هديا بالغ الكعبة» فهو بمنزلة هدى المتعة والقران فكما لا يجزىء الحمل والعناق في هدى المتعة والقران لا يجزىء هنا (أى في هدى الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانا بالآثار التي جاءت به ، فإن الصحابة قالوا : في الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة ، ولأن الرجل قد يسمى الدرهم والثوب هديا . ألا ترى أن الرجل لو قال : لله على أن أهدي هذه الدرهم ، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص ، ولأن الهدى قد يكون عناقا وفضيلا وجديا ، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فنتجت كان ولدها هديا معها ينحر ؟ ولو كان غير هدى لكان يتصدق به كذلك قبل النحر ، ولكن أبو حنيفة يقول : أجوزه هديا تبعا لمقصود كما لا يجوز التضحية تبعا لمقصود إذا نتجت الأضحية

(٢) كذا في الأصل : في ذلك كله قيمته . وبه نأخذ . والصواب حذف وبه نأخذ ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك ، وإنما يوافقه

وذكر^(١) عن خصيف الجزرى^(٢) عن أبي عبيدة^(٣) عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال: في بيض النعامة يصيده المحرم ثمنه. وحدثنا داود ابن أبي هند^(٤) عن عامر مثله. وسمعت ابن أبي ليلى يقول عن عطاء بن

فى الذى لم تبلغ قيمته عناقا ولا جفرة . والمراد من القيمة تكفيره بالاطعام أو الصيام . قال فى المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : فاذا بلغت قيمة شىء من هذه الحيوانات حملا أو عناقا لم يجزه الحمل ولا العناق من الهدى فى قول أبى حنيفة وأدنى ما يجزىء فى ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثنى من غيرها ، فان كان الواجب دون ذلك كفر بالاطعام أو الصيام ، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجزىء هناك التقرب باراقة دم الحمل والعناق متصودا فكذلك هنا

(١) قوله وذكر عن خصيف أى حدث أبو يوسف عن خصيف الحديث ورواه فى آثاره أيضا عنه . ورواه طلحة بن محمد من طريق عبيدالله بن موسى وأبى يوسف وابن خسرو من طريق ابن زياد عن الامام أبى حنيفة عن خصيف — الحديث . قلت : رواه البيهقى عن أبى خيشمة عن خصيف ، ومن طريق الشافعى عن سعيد بن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبى عبيدة — الحديث ، ورواه مرفوعا أيضا عن أبى هريرة وغيره

(٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الخضرى بكسر المعجمة الأولى ، الاموى مولاهم ، أبو عمرو الحرانى الجزرى . روى عن مجاهد وعكرمة وأبى عبيدة بن عبد الله ، وعنه ابن إسحاق والسفيانان ، وخلق . روى له الأربعة . ضعفه أحمد . ووثقه ابن معين وأبو زرعة . قال ابن عدى : إذا حدث عن ثمة فلا بأس به . توفى سنة ١٣٦ وقيل ٣٧

(٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلى ، أبو عبيدة الكوفى . روى عن أبيه فى السنن الأربعة . قال عمرو بن مرة : سألته هل تذكر عن عبدالله شيئا ؟ قال : لا . وروى عن أبى موسى وكعب بن عجرة ، وعنه إبراهيم النخعى ومجاهد ونافع ابن جبير . فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين . قلت : روى له الستة

(٤) هو داود بن أبى هند القشيرى مولاهم ، أبو بكر المصرى أحد الاعلام .

أجرباح : فى البيضة درهم . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : قيمتها (١)

باب الديات

قال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه : وإذا قتل الرجل الرجل عمداً وللقتول ورثة صغار وكبار ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : للكبار أن يقتلوا صاحبهم إن شاءوا (٢) . وكان ابن أبى ليلى يقول : ليس لهم أن

روى عن ابن المسيب وأبى العالية والشعبي وعاصم الاحول وأبى عثمان النهدي وخلق ، وعنه يحيى بن سعيد قرينه وقاتدة كذلك وشعبة والثورى وحماد بن سلمة وخلق . روى له الخمسة والبخارى تعليقا . وثقه أحمد والعجلي وأبو حاتم والنسائي . مات سنة تسع وثلاثين ومائة ، وقيل أربعين

(١) وفى المبسوط ج ٤ ص ٩٣ : وفى بيض النعامة على المحرم قيمته . وفى الكتاب أى كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما أوجبا فى بيض النعامة القيمة . قلت : حديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة والبيهقى . وحديث عمر رواه ابن أبى شيبة عن إبراهيم عنه . منقطعا

(٢) قلت : وهو قول مالك أيضا . قال فى المبسوط ج ٢٦ ص ١٧٤ : وأبو حنيفة استدلل بما روى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضى الله عنه قتله الحسن رضى الله عنه به قصاصا وقد كان فى أولاد على صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر على على ماروى أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قال للحسن : إن عشت رأيت فيه رأيى وإن مت فاقتله إن شئت . قال : واضربه ضربة كما ضربنى . وفى رواية : ولإياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكاب العقور . ولا يقال : إنما قتله لأنه كان مرتدا مستحلا لقتله إمام المسلمين على ماروى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى : « ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله » لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم ، ألا ترى أنه علقه عتبة فقال : اقتله إن شئت وأخره

يقتلوا حتى يكبر الأصغر. وبه نأخذ^(١). حدثنا أبو يوسف عن رجل عن
أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم بعلي^(٢). وقال
أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار

قال: وإذا اقتتل القوم فانجلوا^(٣) عن قتيل لم يدر أيهم أصابه، فإن
أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا
لم يدع ذلك أولياء القتيل على غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى
يقول: هو على عاقلة الذين اقتتلوا جميعاً إلا أن يدعى أولياء القتيل على غير
أولئك. وبهذا نأخذ^(٤)

إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتداً لما أخرج علي قتله. ولا يقال: قتله حداً لسعيه
في الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يتمثل بالإمام
لا يتمثل بقصاصاً، ألا ترى أنه اعتبر المماثلة بقوله: «فاضربه كما ضربني» وقد ذكر
المزني عن الشافعي قال: قتل ابن ملجم علياً متأولاً فأقيد به فدل أنه قتل قصاصاً صالح
والتفصيل في المبسوط فإنه أطال وأجاد

(١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي

(٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه
في باب الرجل يقتل واحداً من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم
ابن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً قال في ابن ملجم بعد ما ضربته:
«أطعموه واسقوه، وأحسنوا إيساره، فإن عشت فأنا ولي دمي أعفوا إن شئت،
وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتموه فلا تمثلوا»، وذكر في الاستيعاب
قصته بالاستيعاب

(٣) في المبسوط: وأجلوا عن قتيل مكان انجلوا. وفي المغرب: وأجلوا
عن قتيل انكشفوا عنه وانفروا

(٤) وفي المبسوط: وأما إذا أجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى

قال : وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيهم . قال محمد : وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس عليهم شيء . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : القصاص لكل وارث . وبه نأخذ ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث قصاصاً إلا الزوج والمرأة

قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة القبيلة الذين اقتلوا جميعاً ، وإليه رجع أبو يوسف . ذكرنا هنا قوله . وقد بينا المسألة في الديات

(١) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٨ : فإن كان صحيحاً يجيء ويذهب فلا شيء فيه . قال : وجه قولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت ، ألا ترى أن في حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته ؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع ، فأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية . وعلى هذا الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى يحمله ، كما لو مات على ظهره ، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله . وفي قول ابن أبي ليلى لاشيء في الوجهين

(٢) قال السرخسى في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧ : وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا ، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد ، والقصاص لا يستحق بالعقد ، ألا ترى أن حق الموصى له لا يثبت في القصاص ؟ وهذا لأن المتصود في القصاص التثني والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً . ووججتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا ، أو حقاً فلورثته » والقصاص حقه ، لأنه

قال : وإذا وجد القتيل في قبيلة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول :
القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين
شيء . وبه نأخذ^(١) . ثم قال أبو يوسف بعد : على المشتريين والسكان وأهل

بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع ورثته كالدية ، والدليل عليه أن استحقات الارث
بالزوجة كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد ، وبه فارق
الوصية . وهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعمد

(١) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢ : وإذا وجد القتيل في قبيلة بالكوفة وفيها
سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان
والمشتريين . وهذه فصول : أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الخطة
فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفي قول
أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى : المشتريون في ذلك كأصحاب الخطة ، لأنهم
قاموا مقام البائع ، ولأنهم ملأوا بعض المحلة كأصحاب الخطة ، وفيما يجب باعتبار
الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة ، ألا ترى أن القتيل الموجود
في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريا أو صاحب خطة ؟ فكذلك
في القتيل الموجود في المحلة ، وأبو حنيفة ومحمد قالا : صاحب الخطة أخص بتدبير
المحلة من المشتريين ، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشتريين
وأن المشتريين قلما يزارحون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة ؟ فكان
صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضا ، بمنزلة صاحب
الدار في القتيل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير في داره
كان موجب ذلك عليه . ثم المشتريون أتباع لأصحاب الخطة ، وما بقي شيء من
الأصل يكون الحكم له دون التابع . وقيل إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا
بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم
الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتريون في ذلك ، فأما إذا لم يبق من
أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهي عليهم . وهو قول ابن أبي ليلى ،
لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا ،
ألا ترى أن عمر رضى الله عنه أجلاهم منها إلى الشام ؟ وجه قول أبي حنيفة ومحمد

الخطمة . وكان ابن أبي ليلى يقول : الدية على السكان والمشتريين معهم وأهل الخطمة وكذلك إذا وجد في الدار فهو على أهل القبيلة : قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول : على عاقلة أرباب الدور خاصة وإن كانوا مشتريين . وأما السكان فلا . وبهذا نأخذ (١) ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى . وقول أبي حنيفة المعروف : ما بقى من أهل الخطمة رجل فليس على المشتري شيء .

قال : وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس في هذا قصاص ، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس (٢) ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما

رضى الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان ، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك . والدليل عليه أن ما ينبنى من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة ، فكذلك ما يكون من الغنم شرعا . ولا حجة في حديث خبير فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه استثنى بقوله : أقركم ما أقركم الله ، فلهذا أجلاهم عمر رضى الله عنه ، وما وُظف عليهم كان بطريق الخراج ، إلا أن يقال تلك عليهم الأراضى ، وقد بينا هذا في المزارعة

(١) ج ٢٦ ص ١١٣ : ولو وجد القتل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الخطمة فأهل الخطمة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار ، وعلى قومه الدية ، لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الخطمة من أهل المحلة ، والقتيل الموجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية ، فلهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلة

(٢) قال السرخسى في مبسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦ : ولكننا نقول : لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البدل . والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفى بالشلء للتفاوت بينهما

دون النفس ، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها . وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطاع فيها القصاص قال : وإذا قتل الرجل رجلاً بعضاً أو بحجر فضربه ضربات حتى مات من ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا قصاص بينهما . وكان ابن أبي ليلى يقول : بينهما القصاص . وبه نأخذ (١)

في البدل والمنفعة . ولا معنى لقولهم : إن الشلاء ميتة لا روح فيها ، لأن استيفاءها في القصاص جائز وبتقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها . ففرقنا أن الحياة فيها باقية ولكن التفاوت في البدل فلا تقطع الصحيحة بها ، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بالزمنة . إلى أن قال : ولا تقطع يد الحر بيد العبد كما لا يتمل الحر بالعبد عنده ، وعندنا لا يجزىء القصاص بين العبيد والأحرار ولا بين العبيد فيما دون التمس لانعدام المساواة في البدل (١) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال السرخسي : وقد بينا المسألة في الديات ، إلا أن هناك يذكر أن عندهما إنما يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير ، فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالة لا يجب القصاص به عندنا ، وإنما يجب عند الشافعي ، وهنا نص على الخلاف في هذا الفصل أيضاً . وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله ، وكأن الطحاوي إنما اعتمد هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح ، فالمعتبر عندهما التمسد إلى القتل بما لا يطبق النفس احتماله ، والعصا الصغير مع الموالة في ذلك بمنزلة العصا الكبير . قلت : وحجة الامام مارواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبد الله بن عمرو بن طريق القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عنه ، وفي رواية النسائي والطحاوي عن عقبة عن رجل من الصحابة رفعه : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » ولفظ الطحاوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته ، « ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون

قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع المعضوض يده فقلع سنا من أسنان العاض ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن ينزع يده من فيه . وبه نأخذ . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : «أعض أحدكم أخاه عض الفحل»^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو ضامن لدية السن^(٢) . وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يجنى في الجسد سواء في الضمان

خليفة في بطونها أولادها» وعند الدارقطني عن القاسم عن عبد الله بن عمرو ليس فيه عتبة . وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبه وأحمد والشافعي وعبد الرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبد الله بن عمر قال ابن القطان : هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عتبة ثمة

(١) أخرجه البخارى من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران ابن حصين أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيته فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : «أعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ! لا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : «خرجت في غزوة فعض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم» . ذلك : والحديث معروف مخرج في كتب الحديث

(٢) وفي المبسوط : وإذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاض فقلع شيئا من أسنانه ، فعدنا لا ضمان عليه في السن ، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن العضة (كذا) لأنه صار قالع أسنه بنزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحناطى والمضطر ، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامنا ؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه . ولسكنا نقول : هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للجناية فلا يكون ضامنا ، بمنزلة ما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات . يوضحه أن صاحب

قال : وإذا نفحت (١) الدابة برجلها وهي تسير ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول : لا ضمان على صاحبها ، لأنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الرجل جبار (٢) » . وبه تأخذ (٣) . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو ضامن في هذا لما أصابت

السن هو الجاني بعضه يد غيره على وجه يستطسه بنزع اليد . وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده ، لأن العضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه ، فإذا اشتغل بالجناية على جسده في محل آخر كان ضامنا لذلك ، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه

(١) في المغرب : نفحته الدابة : ضربته بحد حافرها

(٢) وأخرجه هو ومحمد في آثاريهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلا ولفظه : « العجماء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعا مسندا ، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث

(٣) قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩ : وإن نفحته برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام : « الرجل جبار » : أي هدر . والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير ، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك ، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها ، وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك . وقال ابن أبي ليلى : هو ضامن لجميع ذلك ، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ، ولكننا نقول في الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة ، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدي في التسبب يكون ضامنا ، فلهذا يسوى فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكن التحرز عن إيقاف الدابة ، بخلاف الأول ، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له ، لأن الطريق معد

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى الرجل إذا قتل العبد : إن قيمته على عاقلة القتال . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لاتعقله العاقلة . ثم رجع أبو يوسف فقال : هو مال لاتعقله العاقلة وعلى القتال قيمته بالغا ما بلغ حالا (١)

لذلك ، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فرما لا يقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة ، وإذا لم يكن نفس السير جنابة فلما لا يلزمه ضمان ما لا يستطيع الامتناع منه ، ألا ترى أن الماشى فى الطريق لا يكون ضامنا لما ليس فى وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم فى الطريق ؟

(١) وفى المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨ : وروى عن أبى يوسف ومحمد أن العاقلة لاتعقل نفس العبد ، وهو قول ابن أبى ليلى . واستدل فيه بقوله عليه السلام : « لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا » والمراد أن نفس العبد لاتعقلها العاقلة وهذا لأن العبد محل للتملك بالتمتع فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف فى ماله كسائر الأموال . وحينئذ فى ذلك أن التهمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر ، وذلك على العاقلة مؤجلا فى ثلاث سنين ، فهذا مثله ، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر ، ألا ترى أنه يتعلق التعصاص بقتله عمدا كما يتعلق بقتل الحر ؟ وكذلك الكفارة فى الخطأ ولا مدخل للتصاص ولا كفارة فى ضمان الأموال ، فعرنا أن المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس ، لأن المال لا يكون مثالا لما ليس بمال ، وما لا يكون مملوكا من آدمى لا يكون مالا ، وإنما وجوب المال بقوله تعالى : « ودية مسلمة إلى أهله » إلا أن هذه الدية فى حق العبد القيمة وفى حق الحر مائة من الأبل كما بيته الشرع ، والدية تجب على العاقلة مؤجلة فى ثلاث سنين فى حالة الخطأ ، وبهذا المعنى خالف النفس مادون النفس ، لأن مادون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص . وتأويل الأحاديث أن العاقلة لاتعقل جنابة العبد على نفس العبد . وبه نقول . ثم الواجب بالجنابة على نفس المملوك قيمته ، قلت قيمته أو كثرت ، غير أنها لاتزاد

باب السرقة

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوى عشرة دراهم فصاعداً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقطعه ، ويقول : إن لم أقطعه جعلته عليه ديناً ولا قطع في الدين . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقطعه حتى يقر مرتين . وبهذا نأخذ . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة (١)

وإن كان المسروق منه غائباً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : لا أقطعه

على دية الحر ولا تتمص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله الخ

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى : لا يقطع مالم يقر مرتين ، وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر ، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة . وحجتهم ما روى عن علي رضى الله عنه أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده . وهذا لأنه حد الله تعالى فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ، ولهذا روى عن أبي يوسف أنه شرط لإقرارين في مجلسين مختلفين ، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال : « أسرت ؟ ما إخاله سرق . » فقال : سرقته ، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت باقرار واحد كالتقصاص . وقد بينا أن الزنا مخصوص من بين نظائره . وفي الكتاب علل فقال : لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالاقرار الأول فهو بالاقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك ، وإن كان المال قائماً بعينه رددته بعد الاقرار الأول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ؟

وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائباً (١)

قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: لا قطع فيها. بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢)

ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال؟ فبالاقرار أولى. وإن رجع قبل أن يقطع درى القطع لأنه ليس هاهنا من يرد ججوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن المسروق منه يكذبه في الرجوع والمال حقه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الاقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيفاً عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير. وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد يقطع، وكذلك بعدموت الشهود. قلت: تفصيل المسألة في المبسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص ١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الامام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حضر بما يكذبه في الاقرار وقد بينا

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتطع في ثمن المجن، وكان للجن يومئذ ثمن، أو لا يقطع في الشيء التافه. وروى عن هشام بن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله في الشيء التافه. وروى الطبراني عن محمد بن نوح

ابن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع الثلبجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يتقطع إلا في عشرة دراهم » . وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن الامام بالسند المذكور ولفظه : « كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم » . ورواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تقطع اليد إلا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم . وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أيمن رفعه : « لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » . وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم . وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضا عنه ، ولفظه : كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم . ورواه النسائي وابن أبي شيبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه . وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ « لا يتقطع السارق في أقل من عشرة دراهم » . وأما قول علي فتمال أبو يوسف في خراجه بعد نقل قول ابن مسعود : وقد بلغنا نحو من ذلك عن علي رضي الله عنه . وقال البيهقي عن الشافعي : رواه الزعافري عن الشعبي عن علي رضي الله عنه . قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي : روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي قال : « لا يتقطع الكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم » وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال : أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جوير عن الضحاك عن النزال عن علي رضي الله عنه قال : « لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم » قال : هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء . وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في آثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه . وأخرجه أبو يوسف في خراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله . وأخرجه عبد الرزاق والطبراني نحوه باسناده . قلت : وروى عن ابن عباس أيضا قوله ، أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه . وروى ابن أبي شيبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن

وعن علي وعن ابن مسعود رضى الله عنهما أنهم قالوا : لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دونها (١)

عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أتى عمر بن الخطاب برجل سرق ثوبا فقال لعثمان : قومه ، فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه . قال القارى في شرح المختصر : وهذا يدل على انتساح ما في الصحيحين

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٣٧ : وعلمنا أن رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » وعن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا : « لا تقطع اليد إلا في دينار أو في عشرة دراهم » وهكذا عن علي رضى الله عنه . وفي الحديث المعروف : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وعن أيمن بن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم . والرجوع إلى قولهم أولى ، لأنهم من جملة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم ، وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى ، لأن في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر هاهنا ، لأن معنى درء الحد فيه . وقد روى أن عمر رضى الله عنه أتى بسارق سرق ثوبا فأمر بقطع يده . قال عثمان رضى الله عنه : إن سرقته لا تساوى عشرة دراهم ، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه ، فدل أنه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم ، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر . وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم ، والمستحق بكل واحد منهما ماله خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا بمال خطير . والحديث الذى رواه عن عائشة رضى الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه ، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروى هذا الحديث مرفوعا رماه بالحجارة . والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضى الله عنها : كانت اليد

قال : وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب ، فإن
أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب ،
أرأيت لو قال : لم يسرق منى شيئا أ كنت أقطع السارق ؟ وبه نأخذ . وكان
ابن أبي ليلى يقول : أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق (١)

قال : وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالزنا أربع مرات ثم أنكر
بعد ذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يدرأ عنه الحد فيهما جميعا
ونضمنه السرقة . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين
اعترف عنده ما عز بن مالك رضى الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين

لا تقطع في الشيء التافه وكانت تقطع في ثمن المجن ، فلو كان عندها نص لما اشتغلت
بهذا الجواب المهم ، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ
ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ . قال الله جل وعلا : «مانسوخ
من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها»

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٣ : وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة
سئلا عن ماهيتها وكيفيتها ، فإذا بينوا جميع ذلك والقاضى لا يعرف الشاهدين حبسه
حتى يسأل عنهما ، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم
يقطع إلا بحضرتة . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاجابة إلى حضرة المسروق منه
وتقبل الشهادة على السرقة وحبسه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو
خالص حق الله تعالى . إلى أن قال : وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الإقرار
والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به
فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق ، فإذا قطع قبل حضوره كان
استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكا لمن في يده ، أو كان
أقر له بالملك بعد شهادة الشهود ، أو أنه كان ضيفا عنده . ولا معتبر بحضور
وكيله عند الاستيفاء ، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم
مقام الغير

أصابته الحجارة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) «فهلأخليتم سييله !»
حدثنا بذلك أبو حنيفة ^(٢) يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . وبه نأخذ .
وكان ابن أبي ليلى يقول : لأقبل رجوعه فيهما جميعا وأمضى عليه الحد
قال : وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرقت عندنا سرقة ،
فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يضمن السرقة ولا يقطع ، لأنه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١ : وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب
وإن كان في فوره ذلك ، لأن هربه دليل رجوعه . ولو رجع عن الاقرار لم
يقطع ، فكذلك إذا هرب . والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عزر
حين أخبر بالهرب فقال : « هلا خليتم سييله ؟ » ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان
ضامنا للبال ، كما لو رجع عن إقراره ، فإنه يسقط القطع به دون الضمان . وقال
في الحدود في ص ٩٤ ج ٩ : فإن أمر برجمه فرجع عن قوله درى الحد عنه عندنا .
وقال ابن أبي ليلى : لا يدرأ عنه الحد برجوعه ، وكذلك الخلاف في كل حد هو
خالص حق الله تعالى ، واعتبر هذا الاقرار بسائر الحقوق بما لا يندرى بالشبهات
أو يندرى بالشبهات كالتصاص وحد القذف ، فالرجوع عن الاقرار باطل في هذا
كله . وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع ، فلو لم
يصح رجوعه لما لقنه ذلك ، فقد روينا أن ما عزارضى الله عنه لما هرب انطلق
المسلمون في أثره فرجموه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هلا خليتم سييله ! »
ولأن الرجوع بعد الاقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه
في الاقرار ويكذبه في الرجوع ، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى
فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع ، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب
والشبهة تثبت بالمعارضة

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة
عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخرجه الحارثي في مسنده من طريق
أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور ، والحديث أخرجه الأئمة
البخارى وغيره . وقد ذكر قبل ذلك

لم يأخذ الأمان لتجرى عليه الأحكام^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : تقطع
يده . وبه نأخذ . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضى الله عنهما

باب القضاء

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أثبت القاضى فى ديوانه الاقرار
وشهادة الشهود ثم رفع إليه ذلك وهو لا يذكره ، فان أبا حنيفة رضى الله
عنه كان يقول : لا ينبغى له أن يجيزه . وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك .
وبه نأخذ^(٢) . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن كان يذكره ولم يثبتته

(١) وفى المبسوط ج ٩ ص ١٧٨ : وإن سرق الحربى المستأمن فى دار الاسلام
لم يقطع وهو ضامن إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فانهما يتولان يقطع
ولا ضمان عليه ، وقد بينا نظيره فى كتاب الحدود . وقال فى الحدود ص ٥٥ منه :
وإذا زنى الحربى بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه فى قول أبي حنيفة ،
وقال محمد : لا حد على واحد منهما ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال :
يحدان جميعاً ، أما المستأمن فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التى هى لله
تعالى خالصا كحد الزنا والسرقه وقطع الطريق ، وفى قول أبي يوسف الآخر والشافعى
يقام الحد عليه كما يقام على الذمى لأنه مادام فى دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما
يرجع إلى المعاملات كالذمى . إلى أن قال : وحجتنا فى ذلك قوله تعالى «ثم أبلغه مأهنة»
فتبليغ المستأمن مأهنة واجب بهذا النص حقاً لله تعالى ، وفى إقامة الحد عليه تفويت
ذلك ، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله .
والمعنى أن المستأمن ما يلتزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا
ثم يرجع إلى داره ، ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب ؟ ولو كان
ملتزماً شيئاً من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمى ، وهذا لأن منعه من أن يعود
حرباً للمسلمين بعد ما حصل فى أيديهم حق الله تعالى الخ . وزيادة التفصيل فى المبسوط
(٢) وهو قول محمد أيضاً . وفى المبسوط ج ١٦ ص ٩٢ : وإذا وجد القاضى

عنده أجازة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجيزه حتى يثبتته عنده ،
وإن ذكره

قال : وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضى لا يعرف
كتابه ولا خاتمه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا ينبغي للقاضى
الذى أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهدا عدل على خاتم القاضى
وعلى مافى الكتاب كله إذا قرىء عليه ، عرف القاضى الكتاب والخاتم
أو لم يعرفه ، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت ، لأنه حق ، وهو مثل
شهادة على شهادة . وقال : لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم
وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضى مع كتاب القاضى . وبه نأخذ .
ثم رجع أبو يوسف (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا شهدوا على خاتم

فى ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك ، فعلى قول
أبي حنيفة رحمه الله أن يتفكر فى ذلك حتى يتذكر ، وليس له أن يقضى بذلك إن لم
يتذكر . وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك فى قفطرة تحت خاتمه فمليه أن يقضى
به وإن لم يتذكر . وهذا مهمما نوع رخصة ، فالقاضى لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ
كل حادثة ، ولهذا يكتب ، وإنما يصل المتصود بالكتاب إذا جازله أن يعتمد على
الكتاب عند النسيان فان الآدمى ليس فى وسعه التحرز عن النسيان . إلى أن قال :
ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة ، فالمتصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن
الكتاب للقلب كالمراة للعين ، وإنما تعتبر المراة ليحصل الادراك بالعين ، فاذا
لم يحصل كان وجوده كعدمه ، فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه ، فاذا
لم يتذكر كان وجوده كعدمه ، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه
الخط والخاتم يشبه الخاتم ، وليس للقاضى أن يقضى إلا بعلم ، وبوجود الكتاب
لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه

(١) قلت : وقول محمد فى المسألة مثل قول الامام ، صرحه فى الهداية . قال

القاضي قبل ذلك منهم . وبه نأخذ (١)

قال : وإذا قال الخصم للقاضي : لا أقر ولا أنكر ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أجبره على ذلك ولكنه يدعى المدعى بشهوده . قال : وكان ابن أبي ليلى لا يدهه حتى يقر أو ينكر . وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له : احلف مراراً ، فإن لم يحلف قضى عليه (٢)

قال : وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج

السرخسى فى المبسوط ج ١٦ ص ٩٥ : فإذا أتى القاضي كتاب قاض سأل الذى جاء به البيئة على أنه كتابه وخاتمه ، لأنه غاب عن القاضي عليه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على ما فيه . فمن أصل أبى حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما فى الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع فقال : إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه ، وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله ، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما ، ولهذا يختم الكتاب . ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ، ولكننا نقول : ما هو المقصود لابد من أن يكون معلوماً للشاهد ، والمقصود ما فى الكتاب لا عين الكتاب والختم ، وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتاباً آخر على حدة ، فأما ما يبعث على يد الخصم لا يشمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (١) قلت : وهذا قول أبى يوسف الآخر

(٢) وفى المبسوط قال أبو يوسف ومحمد : يستحلفه على حق المدعى ويجبره أنه يلزمه القضاء إن لم يحلف ، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول ، وإن حلف دعا المدعى شهوده ، فهما يجعلان سكوته أيضاً بمنزلة إنكاره ، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعى يمين المدعى عليه استحلفه القاضي . قال : وقال ابن أبى ليلى : لا أدعه حتى يقر أو ينكر ، لأن الجواب مستحق عليه ، فإذا امتنع من إيفاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إيفائه بالحبس . ثم شرط قبول البيئة

منه ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : أقبل ذلك منه . وبها . تأخذ
وكان ابن أبي ليلى يقول : لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجا^(١) . و تفسير ذلك
أن الرجل يدعى قبل الرجل الدين فيقول : ماله قبلى شيء ، فيقيم الطالب
البينة على ماله و يقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه . وقال أبو حنيفة :
المطلوب صادق بما قال : ليس قبلى شيء ، وليس قوله هذا با كذاب
لشهوده على البراءة

قال : وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى ، فقال : عندى المخرج ، فان
أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا عندى باقرار إنما يقول :
عندى البراءة ، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل . وبهذا تأخذ .

إنكار المدعى عليه فلا بد أن يجبره القاضى حتى يجيب بالاقرار فيتوصل به المدعى
إلى حقه ، أو بالانكار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة . ولكننا نقول : الانكار حق
المنكر ، لأنه يدفع به المدعى عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر
على الاتيان به ، ثم السكوت قائم مقام الانكار ، لأن المنكر مانع والسكوت كذلك ،
والانكار منازعة بالقول وفي السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم
ومن الجواب بعد ما طول به فيكون ذلك قائما مقام إنكاره ، ويتمكن المدعى
من إثبات حقه بالبينة عند ذلك

(١) قال فى المبسوط : فان أبى ليلى يقول : هو مناقض فى دعواه الايفاء بعد
إنكاره أصل المال خصوصا إذا قال : ما كان له على شيء قط ، وقبول البينة يبتنى
على دعوى صحيحة ، ومع التناقض لا تصح الدعوى ، ألا ترى أنه لو قال : ما كان له
على شيء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الايفاء بعد ذلك لهذا المعنى ؟ ولكننا
نقول : دعواه الايفاء بعد جعود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه
لا شيء عليه فى الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى
الباطلة واستوفى المال بها ، فاذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان

وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا إقرار فان جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى^(١)
وأبو حنيفة يقول : إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة
قال : وإذا أقر الرجل عند القاضى بشيء فلم يقض به القاضى عليه ولم
يثبته فى ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه
قال : إذا ذكر القاضى ذلك أمضاه عليه . وبهذا نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى
رحمه الله يقول : لا يمضى ذلك عليه وإن كان ذا كراهه حتى يثبته
فى ديوانه^(٣)

تمتكننا من إثباتها بالبينة ، ثم الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، بخلاف ما إذا
قال : ما كان له شيء قط ولا أعرفه ، لأن مع ذلك الزيادة فى الانكار متعذر
التوفيق بين كلاميه من الوجه الذى قلنا

(١) وفى المبسوط : لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان
هذا وقوله : أوفيتها إياه أو أبرأني منها سواء ، وذلك إقرار بأصل المال ، ولكننا
نقول : هو ادعى المخرج من دعواه لا من المال فلا يكون ذلك إقرارا بالمال
صريحاً ولا دلالة . وهكذا نقول فى الأبراء ، فانه لو قال : أبرأني من هذه الدعوى
لا يكون ذلك إقراراً بالمال ، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه ، ووجه
الفساد غير متعين ، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجبا قط ، وقد يكون ذلك
ببيان المستقط بعد الوجوب ، ومع الاحتمال لا يجب المال

(٢) قلت : هو قول الكل — أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفى المبسوط : والقياس ما قلنا ، لأن القاضى حين سمع إقراره بذلك
كان له أن يتمضى به لو طلب الخصم ذلك فكذلك بعد ما مضى على ذلك مدة إذا
كان القاضى يذكر ذلك ، والمقصود من الاثبات فى ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر
فيه عند الحاجة فاذا كان ذا كراً فسا هو المقصود حاصل . ولكن استحسن
ابن أبي ليلى رحمه الله وقال : القاضى لكثرة اشتغاله ربما يشبهه عليه ذلك ، ولهذا
يثبته فى ديوانه ليرجع إليه فينبغى له الشهود ، فاذا لم يثبته فى ديوانه لو قضى به

باب الفرية

قال أبو يوسف : وإذا قال رجل لرجل من العرب : يانبطى أو لست من بنى فلان لقبيلة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاحد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصرى يا شامى (١) . حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضى الله عنهما بذلك (٢) وأما قوله : لست من بنى فلان ، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان ، القذف ها هنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية (٣) . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : فيهما جميعاً الحد

قال : وإذا قال الرجل لرجل : لست ابن فلان (٤) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاحد على القاذف كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل ، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضى بمجرد كونه ذا كرا حتى يثبت في ديوانه

(١) ولاحد عليه عند الامام ، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف ، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر : أنت رستاقى أو خراسانى أو كوفى ولا يريد بشيء من ذلك القذف ؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يانبطى فقال : لاحد عليه — كما في المبسوط ج ٩ ص ١٢٣

(٢) لم أفق على مخرجه ، تتبعت الكتب الموجودة عندى فلم أجده فيه

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٢٣ : وإن قال لرجل : لست من بنى فلان لقبيلته لا يحد ، لأنه صادق ، فإن بنى فلان حتمية أولاده لصلبه وهو ليس منهم ، ولأنه لو كان هذا قذفا فأنما يكون قذفا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة ، وهو نظير مالو قال له : جدك زان أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفا بهذا ، لأن في أجداده وجداته من هو كافر ، فإذا لم يعين مسلما لا يكون قاذف محصن ، بخلاف مالو قال : أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأذى وهي كانت محصنة فعليه الحد (٤) وفي المبسوط : لست من بنى فلان

إنما وقع القذف هاهنا على الأم ولا حد على قاذفها . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك : عليه الحد

قال : وإذا قذف رجل رجلاً فقال : يا ابن الزانية وقد مات الأبوان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة . وبهذا نأخذ (٢) ، إن فرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه حدان ويضرب به الحدين في مقام واحد

(١) وفي المبسوط : وهذا بناء على الأصل الذى بيناه في كتاب الحدود أن قوله : لست من بنى فلان يكون قذفاً لأمه عندنا ، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهمى غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد . وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه ، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبته إلى الزنا يكون قاذفاً له فكذلك إذا نفاه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد . قلت : وقال في الحدود ص ١٢١ : وكذلك إن قال : لست لأبيك فعليه الحد ، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه ، فأما الوطء إذا لم يكن زناً يكون مثبتاً للنسب ، فعرّفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد . وفي القياس لاحد عليه ، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء ، ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه حيث قال : « لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه » ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية ، فعرّفنا أنه بهذا اللفظ قاذف أمه (٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسى بقوله : عندنا . قال السرخسى لأن المغلب في حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد ، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقتوف . وعند ابن أبي ليلى يضرب حدين لأن عنده المغلب في حد القذف حق العبد

وقد فعل ذلك في المسجد^(١) وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الزانين أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الزانين والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: إذا كانا حين بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا يطلبان ذلك^(٢) ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه

(١) قال السرخسى: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن القاضى أخطأ فيها في سبع مواضع، فإن معتوه كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له: يا ابن الزانين، فأتى بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: أخطأ في سبع مواضع، ثم فسر ذلك فقال: بنى الحكم على إقرار المعتوه وإقرارها هدر، وألزمها الحد والمعتوه ليست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدين معا ومن اجتمع عليه حدان لا يوالى بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يقيم الحد في المسجد، وضربها قائمة وإنما تضرب المرأة قاعدة، وضربها لا بحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن القاضى أخطأ في مسألة واحدة في سبع مواضع

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٣: وإن كان المقذوف حيا غائبا ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عندنا. وقال ابن أبي ليلى: الغائب كالميت لأن خصومته تعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته، ولكننا نقول: ينوب أو يبعث وكيله ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فإلم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض ما يوس عنه في مقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف الغائب، فإن مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عندنا. قلت: وعلل هذه المسألة فقال: وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم «لا يجرى الارث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الارث خلافة الوارث المورث بعد موته في حقه، والله تعالى يتعالى عن ذلك الخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل

جميعاً . وبه نأخذ (١)

قال : ولا يكون في هذا أبداً إلا حد واحد . وكان ابن أبي ليلى يضربهما جميعاً حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمةً ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقيم الحدود في المسجد (٢) أظن أبا حنيفة رضي الله عنه قال : لا

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر ، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الاتلاف . وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجراً لا متلقفاً ، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مضيقاً للحد ، والامام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده ، وإن كان محصناً اقتصر منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه ، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله ، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك ، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم . والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد ، فلهدارجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقاً لله ولم يوجد ذلك ، فلهدا يضمنه السرقة ويأمر بإفائها من تركته

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١ : ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد ، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت في المسجد بقوله « جنبوا مساجدكم صيائكم ومجانينكم ورفع أصواتكم » ولكن القاضى يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الغامدية ، أو يبعث أميناً ليقام بحضرته كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ماعز رضي الله عنه . قلت : روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال ، « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن

ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد ، فإن أخذه بعضهم فحدله كان لجميع ما قذف . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) . وبه نأخذ . وقال : لا تقام الحدود في المساجد قال : ومن قذف أبا رجل وأبوه حتى لم يحدل له حتى يكون الأب الذى يطلب . وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد ^(٢) . وإن كان له عدة بنين فأبهم قام به حدله . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر ، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف ، أو زنا وشرب ، فأما قذف كله وشرب كله مراراً ^(٣) أو زنا مراراً فأنما عليه حد واحد ^(٤)

يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود . ج ٨ ص ٣٢٨
(١) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط هنا من الأصل نحو : ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك ، أو بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والله أعلم ولم نجده . وروى ذلك عن إبراهيم النخعي ، رواه الامام محمد في كتاب الآثار ، عن الامام عن حماد عنه

(٢) قلت : وهذه المسألة مكررة في الحقيقة ، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها في الأبوين وهنا فرضت في أب
(٣) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقط من الأصل أى فعل ذلك مراراً ، والله أعلم

(٤) قلت : أخرج أبو يوسف في خراجه عن الامام عن حماد عن إبراهيم قال : إذا سرق مراراً فأنما يده واحدة ، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فأنما عليه حد واحد

قال : ولو كان الأبوان المقدوفان حين كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى . وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يجيء الوالدان أو أحدهما يطلب قذفه وإنما عليه حد واحد في ذلك كله (١)

قال : وإذا قذف الرجل رجلا ميتا ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : يأخذ أيضاً الأخ والأخت ، وأما غير هؤلاء فلا (٢)

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا رفع إلى الإمام خبره حبسه حتى يلاعن . وبهذا نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد (٣)

(١) قلت : هذه المسألة مكررة في الحقيقة . قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥ : رجل قال لرجل : يا ابن الزانين فعليه حد واحد ، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حين نخاصمهما لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين نخاصمهما الابن

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢ : ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد ، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بأقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا ، وعند ابن أبي ليلى له ذلك لأن للأخ علقه في حقوقه بعد موته كالولد ، ألا ترى أنه في القصص يخلفه ؟ فكذا في حد القذف . ولكننا نقول : الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة ، فإن حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه ، وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه ، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه ، بخلاف الآباء والأولاد

(٣) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤ : وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به

باب النكاح

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها ، فإن لها مهر مثلها من نساءها ، لا وكس ولا شطط . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : نساؤها أخواتها وبنات عمها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : نساؤها أمها وخالاتها (١)

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم فى حجره ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز (٢) وله

البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد ، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ، ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إنكاره نفسه فيقام عليه الحد . ولكننا نقول : إنكاره نفي القذف وإنكاره نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إنكاره نفسه فهذا لا يحد

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٦٤ : نساؤها اللاتي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى : أمها وقوم أمها كالحالات ونحو ذلك ، لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء . ولكننا نقول : قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه ، لا من جنس قوم أمه . ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها ؟ فهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهورها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهورها ، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها ، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هى مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبركة ، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف ، قال صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لمالها وجمالها » الحديث الخ

(٢) وفى المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : وحجتنا قوله تعالى : « وإن خفتن أن لا تقسطوا فى اليتامى » الآية معناه فى نكاح اليتامى ، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة ، وقد نقل عن عائشة رضى الله عنها فى تأويل الآية أنها

الخيار إذا أدرك . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز ذلك عليه حتى يدرك . ثم رجع أبو يوسف وقال : إذا زوج الولي فلا خيار وهو مثل الأب

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو جائز . بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما أنه فعل ذلك ، وبه نأخذ : تزوج عبد الله بن جعفر امرأة على رضى الله

نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقتها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق . وقالت في تأويل قوله تعالى « في يتامى النساء اللاتي لا تؤتوهن ما كتب لهن » إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجه من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فأمر الأولياء بتزويج اليتامى أو بتزويجهم من غيرهم ، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة . وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضى الله عنهما وهي صغيرة . والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضى الله عنهم الخ . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١٥ : فإذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد . وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضى الله عنهم ، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال : لا خيار لهما ، وهو قول عروة بن الزبير رضى الله عنهما . قال : لأن هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد الخ ، وجه قولها أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا تزوجها مولاهما ثم أعتقها . وهذا لأن أصل الشفقة موجود للولي ولكنه ناقص . يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء ، وقد ظهر تأثير هذا نقصان حكامين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء ، فلا اعتبار بوجود أصل الشفقة نفذنا العقد ، ولا اعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذى خطبها فيكون بمعنى النظر

عنهم وابنته جميعا (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز النكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يحل لها نكاح صاحبها فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما (٢)

لها ، وإنما يتم النظر باثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فانه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في المال والنفس

(١) رواه البيهقي من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عليها بنتاً لعلى أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهران عن عبد الله بن جعفر بنحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود النهشلية وكانت امرأة علي رضى الله عنه وبين أم كلثوم بنت علي لفاطمة رضى الله عنهما فكانتا امرأتيه. وأخرجه ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها. وأخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخارى وأخرجه الدارقطنى: ولابن أبي شيبة أيضا من طريق عكرمة بن خالد أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته. وله عن ابن علية عن أيوب سئل ابن سيرين عن ذلك فقال: لا بأس به، نثبت أن جبلة كان بمصر فعله. زاد الدارقطنى له صحبة، وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: نثبت أن سعد بن قرحا رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١١، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما. وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكرا لم يكن له أن يتزوج الأخرى، لأنها منكوحه أبيه وكل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز كالأختين، ولكننا نستدل بحديث عبد الله بن جعفر

قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : تحرم على ابنه وعلى أبيه ، وتحرم عليه أمها وابنتها (١) .

رضى الله عنهما فإنه جمع بين امرأة على رضى الله عنه وابنته ، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع ، وذلك غير موجود هنا ، وما قبله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين ، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له نكاح البنت ، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين ، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كاتنا عند رجل واحد ، لأنه لا قرابة بينهما ، وكما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثاني ، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها ، فإن محمد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه ، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه ، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢٠٨ : ولو نظر إلى فرجها بشهوة ثبت به الحرمة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا تثبت . وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالنفكر إذ هو غير متصل بها ، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الانزال ؟ ولأن النظر لو كان موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ، ولكننا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضى الله عنها . قلت : قال الجصاص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ . وذكر البيهقي أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها » وعن عمر رضى الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فتمال : أما إنها لا تحل لك . وفي الحديث : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع ، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضوع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال ، فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء ، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في المالك ، بمنزلة المس عن شهوة ، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء . ثم معنى الشهوة المدبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها . فأما

بلغنا ذلك عن إبراهيم^(١) . وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه خلا بجارية له فجردها وأن ابنا له استوهبها فقال له : إنها لا تحل لك^(٢) . وبلغنا

بمجرد الاشتباه بالقلب غير معتبر ، ألا ترى أن هذا التقدير يكون من الشيخ الكبير الذى لاشهوة له ؟ والنظر إلى الفرج الذى تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخلى دون الخارج وإنما يكون ذلك اذا كانت متكئة أما اذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر . ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى الى آبائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعاً ، وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها ، لما بيننا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات ، والنوافل بمنزلة الأولاد فيما تنبئ عليه الحرمة ، وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته ، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضى الله عنه . وكأن المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب ، وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتدائه

(١) لم أجد من وصله وروى محمد فى آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسه من شهوة حرمت عليه امرأته . قال : وبه نأخذ ، وهو قول أبي حنيفة . وأخرج فى الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد ابن المنتشر عن أبيه عن مسروق قال : يبيعوا جاريتى هذه أما لى لم أصب منها الا ما يجرمها على ابني من لمس أو نظر . قال محمد : وبه نأخذ ، إلا أنا لانرى النظر شيئاً إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة فان نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، وهو قول أبي حنيفة . وقال الامام أبو بكر الجصاص فى أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١ : وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . قلت : وأخرجه الدارقطنى عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد . وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً بسنده إلى حماد الحديث . وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله

(٢) قال الامام الجصاص فى أحكام القرآن : وروى الأوزاعى عن مكحول

عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأهها^(١) »، وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه قال : وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا تحل لأبيه ولا لابنه ، ولا تحل له أمها ولا بنتها . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هى له حلال حتى يلمسها^(٢) .

أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك . وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال : إنها لا تحل لك ، وروى المثني عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال : أيمارجل جرد جارية له فنظر إليه منها ، يريد ذلك الأمر ، فإنها لا تحل لابنه . قلت : وحديث عمر رضى الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال (١) لم أقف على مخرجه . وروى محمد فى كتاب الحججة على أهل المدينة عن قيس بن الربيع الأسدى عن أبي حصين عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفى قال : مكتوب فى التوراة : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبنها » .

(٢) قلت : هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما متشابهان من حيث الوطء . قال فى المبسوط ج ٤ ص ٣٠٧ : كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان فى الملك أو فى غير الملك . إلى أن قال : ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضى الله عنهم ، فقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها » وعن مسروق قال : « يبعوا جاريتى هذه أما إنى لم أصب منها ما يحرمها على ولدى من المس والقبلة » قلت : وقد مرت الرواية برواية الآثار وفيه « إلا ما يحرمها على ولدى » فلعل إلا سقط هنا من الأصل ، والله أعلم . قال : ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه فى إثبات الحرمة كما أن النكاح الذى هو سبب الوطء شرعا يتم مقامه فى إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهى

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولى والزوج كفاء لها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : النكاح جائز ^(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم وأبى وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلا ذلك ولا ينبغي له غيره ؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولى جائزا ولا يجوز ذلك منها وهى قد وضعت نفسها فى الكفاءة ؟ بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها بغاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى على رضى الله عنه فأجاز على النكاح ^(٢) . وكان ابن

الريبة ، وهذا لأن الحرمة تنبى على الاحتياط في مقام السبب الداعى إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطا وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية فى إثبات الحرمة دون سائر الأحكام

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث على رضى الله عنه الذى ذكره هنا : وفى هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولى أن يزوجها فزوجها جاز النكاح فى ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفوا لها أو غير كفاء ، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفوا لها فلأولياء حق الاعتراض . وفى رواية الحسن إن كان الزوج كفوا لها جاز النكاح وإن لم يكن كفوا لها لا يجوز . وكان أبو يوسف وأولا يقول : لا يجوز تزويجها من كفاء أو غير كفاء إذا كان لها ولى ثم رجع وقال : إن كان الزوج كفوا جاز النكاح وإلا فلا ، ثم رجع فقال : النكاح صحيح سواء كان الزوج كفوا لها أو غير كفاء لها . وذكر الطحاوى قول أبى يوسف أن الزوج إن كان كفوا أمر القاضى الولى بإجازة العقد فإن أجازة جاز ، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ ، ولكن القاضى يجيزه فيجوز ، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولى سواء زوجت نفسها من كفاء أو غير كفاء فإن أجازة الولى جاز وإن أبطله بطل ، إلا أنه إذا كان الزوج كفوا لها ينبغي للقاضى أن يحدد العقد إذا أبى الولى أن يزوجها منه

(٢) ذكره بلاغا ، وكذا ذكره محمد فى كتاب النكاح ، ووصله فى كتاب الحجية على أهل المدينة ، فرواه عن أبى يوسف عن سليمان بن أبى سليمان يعنى أبى إسحاق

أبي ليلى لا يميز ذلك^(١). وقال أبو يوسف: هو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفاء أجزت ذلك كأن القاضى هاهنا ولى بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهرا وأشهد شهودا عليه وأعلم الشهود أن المهر الذى يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذى فى السر ثم تزوج فأعلن الذى قال، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: المهر هو الأول

الشيبانى عن أمه عن بحرية ابنة هانئ أنها أنسكت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح وقد دخل بها، وروى عن أبى يوسف عن أبى إسحاق الشيبانى عن أبى قيس الأودى أن امرأة معه فى الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح. ورواه البيهقى من طريق أبى معاوية عن أبى إسحاق عن أبى قيس، وفى رواية سماها سلمة من عائد الله زوجها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبى عوانة وابن إدريس عن الشيبانى عن بحرية بنت هانئ بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليها فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال بحرية مجهولة. وفى الجوهر النقي: وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبى شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال: كان على إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولى فدخل بها أمضاها. فتمد روى من وجوه يشد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضا محمد فى كتاب الحجّة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة عن القاسم بن عبد الرحمن فى قصة فريعة والمسيب ابن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريعة فى قبول ثبت المسيب

(١) وفى المسبوط ج ٥ ص ١١: وأما من جوز النكاح بغير ولى استدل بقوله تعالى: « فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن » وبقوله تعالى: « حتى تنكح

وهو المهر الذى فى السر والسمعة باطل الذى أظهر للقوم . وبه نأخذ^(١) .

زوجا غيره ، وقوله تعالى : « أن ينكحن أزواجهن » أضاف العقد إليهن فى هذه الآيات فدل أنها تملك المباشرة . والمراد بالعضل : المنع حسا بأن يحبسها فى بيت ويمنعها من أن تتزوج ، وهذا خطاب للأزواج فانه قال فى أول الآية : « وإذا طلتم النساء » وبه نقول إن من طلق امرأته وانتقضت عدتها فليس له أن يمنعها من التزوج بزواج آخر . وأما الأخبار فقوله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم اسم لامرأة لازوج لها ، بكرأ كانت أو ثيبا . وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة ، وهو اختيار الكرخى قال : الأيم من النساء كالاعزب من الرجال ، بخلاف ما ذكر محمد أن الأيم اسم للثيب . وقد بينا هذا فى شرح الجامع . وقال صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر » وحديث الخنساء حيث قالت بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولكنى أردت أن تعلم النساء أن ليس لى الآباء من أمور بناتهم شىء . ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب ، فقال صلى الله عليه وسلم : « ليس فى أولياك من لا يرضى بى ، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم » خاطب به عمر بن أبى سلمة وكان ابن سبع سنين ، وعن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم جواز النكاح بغير ولى ، وأن عائشة رضى الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال : أو مثلى يفتات عليه فى بناته ؟ قتالت عائشة رضى الله عنها : أو ترغب عن المنذر ؟ والله لتملكته أمرها ! وبهذا تبين أن مارووا من حديث عائشة رضى الله عنها غير صحيح ، فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ، ومدار ذلك الحديث على الزهرى ، وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى . ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاهما أو على الصغيرة أو على المجنونة ، وكذلك سائر الأخبار التى رووا على هذا تحمل أو على بيان الدب أن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذى يزوجه . والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه فانه أطلال وفضل فأجاد رضى الله عنه

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٨٧ : وإذا تزوجها على مهر فى السر وسمع

وكان ابن أبي ليلى يقول : السمعة هي المهر والذي أسر باطل . أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال : إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية . أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله

قال : وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت ، فإن أباحنيقة رضى الله عنه كان يقول : إذا كرهت ذلك لم يجز النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكره على ذلك . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية ، وهذا على وجهين : إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدوا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية ، لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة ، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة ، فحينئذ المهر ما سمي لها في السر ، لأنهما في الأشهاد أظهر أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر ، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب لإعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ، فانه يقول : كما لا يعمل الهزل في جانب المنكوحه فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية ، فأما إذا تعاقدوا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العمد بألفين سمعة فالمهر هو الأول ، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو ، وبالأشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه . وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار اليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر . قالوا : وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول ، لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضا يلغو . وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنأمنه : هذا ابني فانه لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد ، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب بقى معتبرا في حق العتق

«البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها^(١)، فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: النكاح جائز عليها وإن أكرهت^(٢)»

(١) أخرج الحارثي من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحماني وغيرهم عن الامام عن شيبان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تنكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن» وأخرجه طلحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمزة وأسد والحسن وغيرهم، وابن خسرو من طريق المقرئ والأشعري وطريق السيناني والكلاعي من طريق الوهبي عنه. قلت: وأخرجه الامام محمد في الحجّة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الايام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي ومعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والمسور وابن عمرو وأنس وأمّهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضى الله عنهم، وأكثرها صحيحة

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢: وحجتنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «يزوجها وليها، فإن سكنت فقد رضيت، وإن أبت لم تكره» وفي رواية فلا يجوز عليها. والدليل عليه حديث الخنساء، فإنها جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال صلى الله عليه وسلم: «أجيزى ما صنع أبوك» فقالت: مالي رغبة فيما صنع أبي! فقال صلى الله عليه وسلم: «أذهبي فلا نكاح لك إنكحى من شئت» فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكنني أردت أن يعلم النساء أن ليس الآباء من أمور بناتهم شيء. ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر

قال : وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بيعة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول في ذلك : لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت . وكان ابن أبي ليل يقول : إنما لها ماسمى لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك : وبه نأخذ (١) . ثم قال أبو يوسف : بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو قريبا منه قبل منه وإلا لم يقبل منه

تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها ، فدل أن أصل الرضا منها ، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلا ، فإنه يقول في حق الأب والجد : لا يشترط رضاها ، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها ، وما علق في حديث آخر من الحق لها بصفة الشيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكنى ، يعنى أن اللولى أن يضم البكر إلى نفسه ، لأنه يخاف عليها أن تخدع فإنها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم ، وللتيب أن تفرد بالسكنى لأنها آمنة من ذلك . والمعنى فيه أنها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالتيب الخ . وزيادة التفصيل في المبسوط

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥ : وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف ، وقالت المرأة ألفان ، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها ، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليل رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدا . وجه قولها أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة ، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعق بمال . ولا معنى للبصير إلى تحكيم مهر المثل ، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية ، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى ، وذلك مانع وجوب مهر المثل ، ولا معنى للتحالف بينهما ، لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ . والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد ، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كهر المثل قبله . وأما أبو حنيفة

قال : وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها ، وإن شاءت أقامت مع زوجها ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : لا خيار لها . ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول : كان زوجها

ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا : لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة ، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فانه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى . وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر ، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية . ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسليم ، فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البديل يجب التحالف ، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال . وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع . والتفصيل في المبسوط . وقال في معنى قوله : إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً : والأصح أن مراده أن يدعى شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٩٨ : وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت فارقت ، لما روى أن عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكك بضعتك فاخترى » وكان زوجها مغيث يمشى خلفها ويبكي وهي تأباه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه : « ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ! » ثم قال : « اتقى الله فانه زوجك وأب ولدك » فقالت أتأمرني ؟ فقال : « لا إنما أنا شافع » فقالت : إذا لاحاجة بي إليه . فاخترت نفسها . وكأن المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق ، فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرين وعدتها حيضتان ، وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد ، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا ، ولهذا لو

عبدا^(١) . ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول : إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه خير بريرة حين عتقت^(٢) . وقد بلغنا عن عائشة رضی الله عنها أن زوج بريرة

اختارت نفسها كان فسخالا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد ، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقا ، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوى إن كان الزوج حرا أو عبدا عندنا ، إلى أن قال : والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضی الله عنها فروى أنه كان عبدا وروى أنه كان حرا عند عتقها ، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملكك بضعك فاخترى » وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حرا أو عبدا

(١) وفي عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩ : ونقل (أى ابن التركمانى) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم ، ثم لو لم يختلف أنه كان عبدا هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبدا ؟ هذا لا يجدونه أبدا فلا فرق بين من يدعى أنه خيرها لأنه كان عبدا وبين من يدعى أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث ، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد ، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي ، ذكر ذلك عبد الرزاق بأسانيد صحيحة . وأخرجه ابن أبي شيبة عن النخعي ومجاهد ، وحكاه الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي . وفي التهيد : وبه قال مكحول . وفي الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضا ، والله أعلم

(٢) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبي أحمد فغيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها ففرق بينهما ، وكان زوجها حرا . قلت : حديث عتق بريرة وتخييرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضی الله عنها

كان حراً^(١)

قال : وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعى إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : الولد للأول وهو صاحب الفراش . وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «الولد للفراش وللعاهر الحجر^(٢)» . وكان ابن أبي ليلى يقول :

(١) أخرجه الحارثي من طريق زيد بن الحباب سمعت أبا حنيفة وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبداً أو حراً فقال : كان حراً ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، حدثني حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة ، وأخرجه الامام محمد في كتاب الحجّة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة ، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عائشة رضى الله عنها عن زوج بريرة فقالت : كان حراً ، وأخرجه عن إبراهيم مرسلًا وعن الشعبي موقوفاً

(٢) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب ابن نجدة عن الامام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شريحيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام حجة الوداع : «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، والولد للفراش وللعاهر الحجر» الحديث بطوله ، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الامام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل ابن عياش - الحديث . قلت : وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة ، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

الولد للآخر لأنه ليس بعاهر . والعاهر: الزانى لأنه متزوج . وكذلك بلغنا
عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ^(١) . وبه نأخذ ^(٢)

رفعه : « لادعوة فى الاسلام ، ذهب أمر الجاهلية ، الولد للفراش وللعاهر الحجر »
ورواه البيهقى عن عثمان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن
الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وفيه قصة . ورواه الترمذى من حديث أبى أمامة ،
ورواه أبو داود عن على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن
الولد للفراش ، وفيه قصة

(١) أخرجه الامام محمد فى دعوى الأصل ، وأخرجه البيهقى من طريق هشيم
عن الشيبانى عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال
لها الدرداء زوجها أبوها فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة على امرأته
ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله
فقدم غصاصهم إلى على رضى الله عنه فرد عليه المرأة ، وكانت حاملا من عكرمة
فوضعها على يدى عدل فقالت المرأة لعلى : أنا أحق بمالى أو عبيد الله بن الحر ؟
فقال : بل أنت أحق بذلك ، قالت : فأشهدك أن كل ما كان لى على عكرمة من شىء
من صدقاتى فهو له ، فلما وضعت ما فى بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بأبيه
(٢) وفى كتاب الدعوى من المبسوط ج ١٧ ص ٦١ محتجا للامام فى هذه المسألة :
لأنه صاحب الفراش الصحيح ، فان نفيه لا يفسد فراشه ، والزوج الثانى صاحب
الفراش الفاسد . ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع
بالصحيح ، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج
أمتة فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى ، لأن ملك
اليمين لا يعارض النكاح فى الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى ،
فان هناك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد
غير مثبت للحل ، فان نفى الأول والآخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعى أو ادعاه
أحدهما فهو للأول على كل حال ، ولاحد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل
الزوج الثانى عليها بنكاح فاسد ، فلا يجرى اللعان بينها وبين الأول ، والنسب إذا
ثبت بالنكاح لا ينتقى إلا باللعان . وكان ابن أبى ليلى يقول : الولد للثانى ، لأن

الفراس الفاسد يثبت النسب كالفراس الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا يفتنى بالنفى ، ثم الثانى إليها أقرب يدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبارا للحقيقة . وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن النسب يثبت من الزوج الثانى كما هو قول ابن أبى ليلى ، وفيه حديث الشعبي ذكره [أى محمد] فى الكتاب (أى فى الدعوى من الأصل) أن رجلا من الجعفى زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية لإخوتها ، فجاء ابن الحر نخاصم زوجها إلى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه : أما إنك المالمى علينا عدونا ! فقال : أيمعنى ذلك من عدلك ؟ فقال : لا ، فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر ، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال : الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ، ولو ثبت وجب القول به . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الأول ، وإن جاءت به لسته أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الثانى سواء ادعياه أو نفياه ، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب ، فباعراض الثانى على الأول ينقطع الأول فى حكم النسب ويكون الحكم للثانى ، والتقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتبارا للفاسد بالصحيح . وإنما قلنا إن الأول ينقطع بالثانى ، لأن بدخول الثانى بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثانى ، ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء فى الرحم ، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى . وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثانى فهو للثانى ، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول ، لأن وجوب العدة عليها من الثانى بالدخول لا بالنكاح ، والحرمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثانى فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق ، والتقدير بأدنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للسكان ، فاذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثانى يتوهم أن يكون هذا من علق كان قبل دخول الثانى بها فى حال حلها للأول فكان النسب ثابتا منه ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثانى

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار^(١) عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول فى الحرام: إن نوى به يمينا فيمين وإن نوى طلاقا فطلاق وهو ما نوى من ذلك^(٢). وإذا قال الرجل:

(١) هو أشعث بن سوار الكندى التوابى: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضى الأهواز كوفى. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص ابن غياث وهشيم، وخلقى. قال الثورى: أثبت من مجالد. قال ابن معين والدارقطنى ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقى عن يحيى بن معين: أشعث بن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعه والبخارى فى الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦

(٢) وأخرجه البيهقى من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان يقول: نيته فى الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقا فهى يمين. وروى من طريق أبى مسلم عن الأنصارى عن أشعث عن الحسن فى الحرام إن نوى يمينا فيمين، وإن نوى طلاقا فطلاق. وروى من طريق على بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبى جعفر فى الحرام إن نوى طلاقا فهى تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقا فيمين يكفرها. قال (أى على بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينا. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبى ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت على حرام، فقال عمر: لا أردّها عليك. وروى عن الشعبي فى الرجل يجعل امرأته عليه حراما قال: يقولون إن عليا جعلها ثلاثا، قال عامر: ما قال رضى الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرّمها. قال البيهقى: وروينا فيما مضى عن على أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين فى الجوهر: وقال صاحب الاستنكار: الصحيح عن على رضى الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد

كل حل على حرام ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : القول قول الزوج ، فان لم يعن طلاقاً فليس بطلاق وإنما هي يمين يكفرها ، وإن عنى الطلاق ونوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة ، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة ^(١) . وكذا إذا قال لامرأته : هي على

إلى أن قال : وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا : الحرام يمين يكفرها . وهذا يرد قول الشافعي ولا يكون يميناً ، وإذا كان الحرام يميناً فاليمين لا يكفر إلا بعد الحنث . وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أطلق التحريم ولم يكن له نية ، وكلام على وغيره ممن جعله طلاقاً محمول على ما إذا نوى الطلاق . انتهى ما قاله الحافظ . وروى الامام محمد في كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن ابراهيم في الرجل يقول لامرأته : أنت على حرام : إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها . قال محمد : وأما في قول أبي حنيفة فان نوى الطلاق فهو ما نوى ، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة . وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة ، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن لم ينو طلاقاً فهي يمين ، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقربها بانة بالايلاء ، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً ، وإن نوى الكذب فليس بشيء . وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١ : « ولو قال : كل حل على حرام يسأل عن نيته ، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة » وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحنث وتلزمه الكفارة . فان فتح العينين والعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الجنث عقيب التحريم موجوداً . ولكننا نقول : علمنا يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن البرمق صود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم ، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذى به قوام النفس . ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها ، لأن إدخالها

حرام^(١). وكذلك إذا قال لامرأته: خلية أو برية أو بائن أو بثة فالقول

بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه»، لأن المنوى من محتملات لفظه، ولكن لا يخرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فاذا حنث سقط عنه الإيلاء»، لأن الكفارة لزمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها»، لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمان «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فاذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما على حرام ينوي في إحداهما الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو نوى في إحداهما الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب»، كما بينا في الفصل الأول

(١) وهذه المسألة في المبسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسوطه مددلة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أى بالحرام لأنهما مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بائنة لأن الطلاق قد صححت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: «يأياها النبي لم تحرم ما أحل الله» إلى قوله تعالى: «قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم» جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه، وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن زيد رضى الله عنه قال: يمين يكفرها. والشافعي رحمه الله يقول: تحريم الحلال لا يكون يميناً ولكن تجب به الكفارة في الزوجة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن

قول الزوج وهو مانوى ، إن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا فثلاث^(١) بلغنا ذلك عن شريح^(٢) وإن نوى اثنتين فهى واحدة بائنة ، وإن

فكان يمينا إن قربها كفر عن يمينه للحنث ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانث بالايلاء . وكذلك لو نوى الايلاء فهو ونية اليمين سواء ، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له ، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهى حلال له . قالوا : هذا فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما فى القضاء فلا يدين ، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغى مع إمكان الاعمال ، وفى حملة على الكذب إغناؤه . ولم يذكر فى الكتاب ما لوقال : نويت به الظهار ، وذكر فى النوادر أنه يكون ظهارا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان مانوى من محتملات لفظه ، وعند محمد لا يكون ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار .

(١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٧٣ : ولو قال : أنت منى بائن أو بته أو خلية أو برية فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون فى الصحة والعشرة وتارة من النكاح ، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك فى هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل ، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثا فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث مالم تتزوج بزواج آخر فعملت نيته ، وإن نوى اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا خلافا لرفر رحمه الله . وقد بينا فى الفصل الأول الكلام فى هذا فان قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد ، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهى واحدة بائنة عندنا الخ

(٢) روى الامام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله : يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ألبتة ؟ فقال : كان على ابن أبى طالب رضى الله عنه يجعلها ثلاثا ، وكان عمر رضى الله عنه يجعلها واحدة

لم ينوطلاقا فليس بطلاق غير أن عليه اليمين مانوى طلاقا . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت : هي ثلاث تطليقات لاندينه في شيء منها ولا يجعل القول قوله في شيء من ذلك (١)

قال : واذا قال الرجل لامرأته : أمرك في يدك فقالت : قدطلقت نفسي ثلاثا ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إذا كان الزوج نوى ثلاثا فهى ثلاث ، وإن كان نوى واحدة فهى واحدة بآئته . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هي ثلاث ولا يسأل الزوج عن شيء (٢)

وهو أملك برجعتها . فقال عروة بن المغيرة : فما تقول أنت ؟ قال شريح : أخبرتك بما قال ، فقال عروة بن المغيرة : عزمت عليك لما قلت فيها . قال شريح : أراه قد خرج منه الطلاق وقوله « أليته » بدعة فنيته عند بدعته ، فان كان أراد ثلاثا فثلاث ، وإن كان أراد واحدة فواحدة بآئته وهو خاطب . ثم قال إبراهيم : وقول شريح أحب إلى من قولها ، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده . وأخرجه ابن خسرو أيضا في مسنده من طريقته عنه . ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١ : وعلى قول ابن أبي ليلى في هذا ونظائره من الكنايات وهى ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمه لا تثبت صفة للرجل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد ، وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث ، فكان وقوع الطلاق موجبا لهذا اللفظ حقيقته فلا يدين في شيء آخر ، ولكننا نقول : وصفها بالحرمه أنواع ولها أسباب ، فاذا نوى نوعا أو سببا كان المنوى من احتملات كلامه فتصح نيته

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٢٢ : وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها بهذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث ، ولكننا نقول : التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، وكذلك إن نوى

قال : وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول فى الخيار : إن اختارت نفسها فواحدة بائنة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : إن اختارت نفسها فواحدة يملك بها الرجعة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء .

الطلاق فقط ، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال ، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهى لا تسع فى هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة (١) وفى المبسوط ج ٦ ص ٢١٢ : « ثم الخيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول على رضى الله عنه فانه يقول يتبع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها ، فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا » فقال : إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية ، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنها إذا اختارت زوجها فلا شيء ، وهذا لحديث عائشة رضى الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ، ولم يكن ذلك طلاقا « وإن اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا » وهو قول على رضى الله عنه ، وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية ، وعلى قول زيد رضى الله عنه إذا اختارت نفسها فثلاث ، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار ، وعمر وابن مسعود رضى الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ، ولكننا نأخذ فى هذا بقول على رضى الله عنه ، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس فى هذا اللفظ ما يدل على الثلاث ، لأن حكم مالكيته أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ، ولهذا قلنا : وإن نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائنة لأن هذا مجرد نية العدد منه ، وقوله « اختارى » أمر بالفعل فلا يهتم معنى العدد بخلاف قوله « أنت بائنة » فنية الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعا من البينونة ، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقى هذا مجرد نية العدد . قلت : فإن أبى ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما إذا اختارت نفسها ، ولم يذكر السرخصى قوله

قال : و اذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت
طالق ، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان . وهذا قول
أبي حنيفة رضى الله عنه ^(١) . بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود
وزيد بن ثابت و ابراهيم رضى الله عنهم ^(٢) ، بذلك ، لأن امرأته ليست عليها

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٨٨ فى ابتداء باب من الطلاق قال رضى الله عنه :
« رجل قال لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا » وهو قول
عمر وعلى وابن عباس وأبي هريرة رضى الله عنهم . وقال الحسن البصرى : تقع
واحدة بقوله طالق ، فتبين لا إلى عدة ، وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع
بها شيء كما لو قال : أنت طالق وطالق وطالق . ولكننا نتناول : الطلاق متى قرن
بالعدد فالوقوع بذكر العدد ، لأن الموقع هو العدد فاذا صرح بذكر العدد كان هو
العامل دون ذكر الوصف ، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً
لا يقع شيء ، وهذا لأن الكل كلمة واحدة فى الحكم ، فان إيقاع الثلاث لا يتأتى
بعبارة أوجز من هذا ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض ، بخلاف قوله :
أنت طالق وطالق وطالق ، لأنها كلمات متفرقة « فأما إذا قال : أنت طالق أنت
طالق أنت طالق ، بانتهى بالأولى وكان الثنتان فيما لا يملك » وهو قول على وابن
مسعود وزيد و ابراهيم « وقال ابن أبى ليلى : إذا كان فى مجلس واحد يقع ثلاث
تطليقات ، لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد . ولكننا
نقول : كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا فى محل قابل له ، فاذا بانتهى لى عدة
لم تبق محلاً للوقوع عليها » ثم عند أبى يوسف تبين بالأولى قبل أن يفرغ من
الكلام الثانى ، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثانى « لجواز أن يلحق بآخر كلامه
شرطاً أو استثناء ، ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو ، فأما
بدونه لا يتحقق الخلاف ، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء

(٢) ذكر البيهقى فى سننه وحكى الشافعى فى كتاب اختلاف العراقيين ، أظنه عن
أبى يوسف فى الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت
طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان ، هذا قول أبى حنيفة ، بلغنا عن عمر بن

عدة فقد بانته بالتطليقة الأولى وحلت للرجال ، ألا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجها كان نكاحها جائزاً؟ فكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليها الثلاث التطليقات اذا كانت من الرجل في مجلس واحد على ما وصفت لك

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها . وبهذا نأخذ (١)

ابن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وابراهيم بذلك . قلت : ولم يسنده . وأخرج عن عمر وعلى في باب إمضاء الثلاث في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال : هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وروى عن سفیان عن عاصم بن بهدلة عن زر عن عبد الله قال : المطلبة ثلاثاً قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها . وروى عن ابن عمرو وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة نحوه . قلت : المقصود منه بكلمة واحدة ، وأما لإضافته فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الامام عن حماد عن ابراهيم أنه قال : اذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانته بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك ، واذا طلقها ثلاثاً جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذا لفظ أبي يوسف . قال محمد : وبهذا نأخذ . وهو قول أبي حنيفة . قلت : وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً . ذكره في كنز العمال

(١) قلت : وهو قول محمد أيضاً . قال السرخسى في ج ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه : وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجمد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث ، لم تقبل

هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الأقل ، لأن المعبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتخلي تقبل ، وقد اتفق الشاهدان على الأقل ، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة مائة والمدعى يدعى الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل . إلى أن قال : ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق ، فكذلك إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغي أن تقبل على الأقل . وأبو حنيفة يقول : اختلف الشاهدان في المشهود به لفظا ومعنى فلا تقبل الشهادة ، كما لو قال أحدهما إنه قال لها : خلية والآخر إنه قال لها : أنت برية . وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث ، والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنتان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع . والدليل عليه أن مدعى الاثنتين أو الثلاثة لا يكون مقرا بالواحد إذ لو كان مقرا بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل ، ولأن التظليقتين اسم واحد والتظليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزيد ونصر وناصر ، وكذلك في آلاف والألفين ، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء ، بخلاف الألف مع الألف وخمسة مائة فانهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظا ومعنى ، وكذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط ، فأما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط ، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لا تقبل ؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل : أشهد ؟ والذي يبطل مذهبهما ما ذكر في كتاب الرجوع : لو شهد شاهدان بتظليقة وشاهدان بثلاث تظليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ؟ ولو اعتبر ما قالوا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وقد دخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول فى ذلك : لها السكنى والنفقة حتى تنقضى عدتها . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : لها السكنى وليس لها النفقة ^(١) . وقال أبو حنيفة

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٢٠١ : فأما المتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت فى العدة عندنا ، وعلى قول الشافعى لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، وعلى قول ابن أبى ليلى لانهقة للمتوتة فى العدة . واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله عنها قالت : « طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى » إلا أن فى صحة هذا الحديث كلاما ، فانه روى أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضى الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شىء فى يده . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : تلك المرأة قتلت العالم ، أى بروايتها هذا الحديث . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ؟ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة » . وتأويله إن ثبت من وجهين : أحدهما أن زوجها كان غائبا فانه خرج إلى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبى ذلك ، ولم يكن الزوج حاضرا ليعضى عليه بشىء آخر . والثانى أنها كانت بدنية اللسان على ما روى أنها كانت تؤذى أسماء زوجها حتى أخرجوها ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم رضى الله عنه ، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى . ثم لاختلاف فى استحقاقها السكنى ، فانه منصوص عليه بقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » الآية . وقال تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم » فعلاؤنا قالوا : النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح ، وهذه العدة حق من حقوق النكاح ، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة ، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت فى العدة ، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه فى كسبه لماله فيه من ملك اليد ؟ ولا يدخل

رضى الله عنه : لم وقد قال الله عز وجل في كتابه : « فأنفقوا عليهم حتى يضعن حملهن » ؟ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه جعل للبطلقة ثلاثا السكنى والنفقة (١)

قال : وإذا آلى الرجل من امرأته خلف لا يقربها شهراً أو شهرين أو ثلاثا ، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق ، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر . حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة (٢) عن عامر

عليه نفقة المرهون ، فانه لا يكون على المرتين مع ملك اليد له ، لأن ملك اليد للمرتين في المالية دون العين فان يده يدا الاستيفاء وذلك في المالية دون العين . ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائل فيها بالدلائل ، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه . قلت : وما روى عن عمر أخرجه مسلم والترمذى من طريق أبي إسحاق عن الأسود ، ورواه القاضى إسماعيل والطحاوى عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن النخعي عن عمر ، وفيه سمعت رسول الله يقول : « لها السكنى والنفقة » ذكره الحافظ علاء الدين التركمانى فى الجوهر النقى . وذكره ابن حزم أيضا وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان . وليس هذا اللفظ عند مسلم والترمذى

(١) رواه أبو يوسف فى كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للبطلقة ثلاثا السكنى والنفقة فقالت فاطمة ابنة قيس : طلقتى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ، فقال عمر : « لاناخذ بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت وندع كتاب الله » . وأخرجه الأشتانى من طريق عبيد الله بن موسى عنه . وأخرجه الحارثى من طريق خلف ابن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولا . وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضى الله عنهما . وأخرجه ابن خسرو من طريق ابن زياد عنه . قلت : وأخرجه مسلم والترمذى من طريق أبي إسحاق عن الأسود ، وكذلك ابن أبي شيبه والبيهقى

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران البشكرى مولاهم ، أبو النضر البصرى الحافظ العلم . روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثا واحداً وأبى التياح ومطر

الأحول^(١) عن عطاء بن أبي رباح^(٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما^(٣) وهو قول أبي حنيفة . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء ، والايلاء : تطليقة بائنة^(٤)

الوراق ، وخلق . وعنه شعبة وابن علية ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق . قال ابن معين : ثقة من أثبتهم في قتادة . وقال أبو حاتم : ثقة قبل أن يخلط . وقال دحيم : اختلط سنة خمس وأربعين ومائة . وقال النسائي : لم يسمع من عمرو بن دينار ويزيد ابن أسلم والحكم بن عتيبة . قلت : روى له الستة . مات سنة ١٥٦

(١) هو عامر بن عبد الواحد البصرى الأحول . روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما ، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائى . وثقه أبو حاتم . قال ابن معين : ليس به بأس ، وقال أحمد : ليس بالقوى . قلت : روى له الستة إلا أن البخارى فى جزء القراءة له . وذكروه ابن حبان فى الثقات

(٢) ورواه أبو يوسف فى كتاب الآثار أيضا بهذا السند ، ولفظه : « من آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثا أو مادون الأربعة فليس عليه إيلاء » قال وذكروا أبو حنيفة عنه نحو هذا ، وأخرجه ابن أبي شيبه أيضا فى مصنفه من طريق عطاء بن ابن عباس باسناد صحيح ، وأخرجه البيهقى من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور ، ولفظه « وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاءه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء »

(٣) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٢ : وإذا حلف لا يقر بها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عندنا ، وقال ابن أبي ليلى : هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وهكذا كان أبو حنيفة يقول فى الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما : « لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر » رجع عن قوله . وابن أبي ليلى استدل بظاهر الآية : قال الله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم » والايلاء هو اليمين ، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة ، ولكننا نقول : المولى من لا يملك قربان امرأته فى المدة إلا بشيء يلزمه ، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر من غير أن يلزمه شيء ، فلم يكن موليا فى ترك مجامعتها مدة بغير يمين

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: ليس عليه في هذا إيلاء، ألا ترى أن له أن يقربها في غير ذلك البيت ولا تجب عليه الكفارة؟ وإنما الإيلاء كل يمين تمنع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقربها إلا أن يكفر يمينه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء^(١) والإيلاء تطليقة بائنة

قال: وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت على كظهر أمى يوماً أو وقت وقتاً أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: هو مظاهر منها لا يقربها في ذلك الوقت حتى يكفر كفارة الظهر، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر منها أبداً، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهر^(٢)

(١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥: وإن حلف لا يقربها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن مولياً عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الاضرار والتعنت يمينه فلزمه حكم الإيلاء. ولكننا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: إن قال: أنت على كظهر أمى اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الظهر. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبداً حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوقف بالتوقيت، ولكننا نقول: موجب الظهر الحرمة وهو محتتمل للتوقيت بالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته

قال : وإذا ارتد الزوج عن الاسلام وكفر ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : بانت منه امرأته إذا ارتد ، لاتكون مسلمة تحت كافر . وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : هى امرأته على حالها حتى يستتاب ، فان تاب فهى امرأته ، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه (١)

قال : وإذا رجعت المرأة من أهل الاسلام إلى الشرك ، كان هذا والباب الأول سواء فى قولهما جميعا ، غير أن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يعرض على المرأة الاسلام ، فان أسلمت خلى سبيلها ، وإن أبت حبست فى السجن حتى تنوب ولا تقتل . بلغنا ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما (٢).

ولا يبقى بعد مضى الوقت ، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت ، وعلى هذا لو قال : أنت على كظهر أمى شهراً أو حتى يقدم فلان ، فهو كما قال ، ويسقط بمضى الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضى وقتها

(١) وفى المبسوط ج ٥ ص ٥٩ : وابن أبي ليلى يقول : لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد ، فان تاب فهى امرأته ، وإن مات أو قتل ورثته ، وجعل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا . ولكننا نقول : الردة تنافى النكاح ، واعتراض سبب المنافى للنكاح ، موجب للفرقة بنفسه كالمحرمة ، فأما اختلاف الدين عينه لا ينافى النكاح ، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتائية ، وكذلك الاسلام لا ينافى النكاح ، فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له ، فلهذا لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضى بعد إباء الآخر . ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها ، ونفقة العدة إن كان دخل بها ، وإن كانت هى التى ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول ، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول . والكلام فى أن هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بينا

(٢) أخرجه أبو يوسف فى خراجه عن الامام عن عاصم عن زر عن ابن

وكان ابن أبي ليلى يقول : إن لم تتب قتلت . وبه نأخذ^(١) . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وكيف تقتل وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عباس قال : « لا تقتل النساء إذا هن ارتدن عن الاسلام ولكن يحبس ويدعين إلى الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الحسن بن زياد فى مسنده عنه ومحمد فى الآثار عنه وقال عن أبى رزىن فى مكان زر ، ولفظه « لا يقتل النساء إذا ارتدن عن الاسلام ويجبرن عليه » وأخرجه الدارقطنى ، وأخرجه ابن أبى شيبه من طريق الامام ، وأخرجه عبد الرزاق عن الثورى عن عاصم ، وأخرجه الدارقطنى عن الثورى عن الامام عن عاصم . وروى الدارقطنى عن خلاص عن على : المرتدة تستتاب ولا تقتل . وروى عبد الرزاق عن الثورى عن يحيى بن سعيد (أى الأنصارى) أن عمر أمر فى أم ولد تنصرت أن تباع فى أرض ذات موة عليها ولا تباع فى أهل دينها ، وروى الطبرانى عن معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين بعته إلى الين : «أيا امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقل منها وإن أبت فاستبتها » وإسناده ضعيف ، وعن أبى هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ، أخرجه ابن عدى فى ترجمة حفص بن سليمان الأسدى وهو ضعيف عند أهل الحديث . فمن تأمل فى هذه الطرق علم أن للحديث أصلا ، بل يرتقى بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن . وقد تابع الامام أبو مالك النخعى وحديثه صاف عن الغبار لأن رواته ثقات ، وتابعه الثورى كما هو عند عبد الرزاق والدارقطنى ، وهو مذهب الثورى ، ذكره ابن عبد البر ، وهذا دليل صحة الحديث عنده . وفى التمهيد : وروى قتادة عن خلاص عن على مثله ، وهو قول الحسن وعطاء

(١) وفى المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨ : ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : تقتل إن لم تسلم . وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الابتداء ثم رجع . وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنها تخرج فى كل قليل وتعزر تسعة وثلاثين سوطا ، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت . واستدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » وتبين أن المرجح للقتل بتبديل الدين ، لأن مثل هذا فى لسان صاحب الشرع

عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك^(١)؟ فهذه مثلهم

لبيان العلة ، وقد تحققت تبديل الدين منها ، وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة يقال لها أم مروان الخ وأطال حجته قال : وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، وفيه حديثان : أحدهما : ما رواه رباح بن ربيعة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى في بعض الغزوات قوما مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فمقالوا : ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال : لو أحد أدرك خالدًا وقال له : لا تمتلن عسيماً ولا ذرية ! والثاني : حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فقال : « من قتل هذه ؟ » قال رجل : أنا يا رسول الله ، أردفتها خافي فأهوت إلى سيني لتقتلني ، فقال : ماشأن قتل النساء ؟ وارهها ولا تعد ! ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال : ها ما كانت هذه تقاتل ! ففي هذا بيان أن استحقات القتل بعلة القتال ، وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن . وفي هذا لافرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ . وما روى من الحديث غير مجرى على ظاهره ، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم ، فعفرنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا . والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة ، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال ، وكانت معاهدة فيهم الخ وأطال الاحتجاج . قلت : وفي حديث ابن عمر « نهى عن قتل النساء والصبيان » متفق عليه . وأما حديث رباح بن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي (١) روى أبو داود من حديث أنس : « لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صغيراً ولا امرأة » وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر : « نهى عن قتل النساء والصبيان » . وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صيفي : كننا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلاً فقال : النظر ، فقال : امرأة قتيل ، فقال : « ما كانت هذه لتقاتل » وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه ، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن جثامة . وقال الزهري : ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان . وروى الطحاوي عن ابن بريده : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية نال لهم : « لا تقتلوا وليداً ولا امرأة » وروى

قال : وإذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هو كما قال ، وأى امرأة تزوجها فهي طالق واحدة (١) . وبهذا نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يقع عليه الطلاق ،

عن أبي سعيد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان قال : هما لمن غلب . وروى عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان . وروى عن كعب بن مالك رفعه : نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان والنساء . وروى عن حنظلة الكاتب : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فربا امرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها ، فلما جاء أفرجوا ، فقال : ما كانت هذه تقاتل ، ثم أتبع رسول الله خالداً أب لا تقتل امرأة ولا عسيفاً . قلت : ورواه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه أيضاً ، وفيه : ذرية ، مكان امرأة

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦ : ولو قال لامرأة : كلياً تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال ، يقع عليها ثلاث كلياً تزوج بها الخ قال : وهذه المسألة تنبئ على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص ، وهو قول عمر رضى الله عنه ، روى عنه ذلك فى الظهار ، وعند الشافعى لا يصح ذلك ، وهو قول ابن عباس ، فانه سئل عن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، فتلا عليه قوله تعالى : «إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن» وقال : شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ، وعلى قول ابن أبي ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين ، وإن عم فقال : كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه . قلت : فرض المسألة فى كلبا والمرأة المعينة ، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعى ثم احتج عليه ، وأجاب عن الامام وأطال . وقال فى ص ٩٨ : إذا قال لامرأة : إذا تزوجتك أو إذا مات تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك ، فهذا كله للمرأة الواحدة ، لانه ليس فى لفظه ما يدل على التكرار ، فان كلمة إن للشرط ، وإذا ومتى للوقت ، بخلاف ما لو قال : كلبا تزوجتك ، لأن كلمة كلبا تقتضى التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ، ولكن كلبا تزوجها يصير عند الزوج كالمبجز للطلاق

(٢) وفى المبسوط ج ٦ ص ١٣٠ : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها أبداً فهي

لأنه عمم فقال : كل امرأة أتزوجها ، فإذا سمي امرأة مسماة أو مصرا بعينه أو جعل ذلك إلى أجل ، فقوله فيها سواء ، ويقع به الطلاق

قال : وإذا قال الرجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق أو قال : إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق ، أو قال : كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق ، أو من بني فلان فهي طالق ، فهما جميعاً كأنا يقولان : إذا تزوج تلك فهي طالق ، وإن دخل بها فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذى وقع عليها قبل الدخول . وبه نأخذ ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها نصف مهر ، ويفرق بينهما فى قولهما جميعاً

طالق ، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية ، لم تطلق ، لأن كلمة كل تقتضى جميع الأسماء لا تكرار الأفعال ، فأنما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة ، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضى تكرار الأفعال ، وإنما قلنا ذلك ، لأن مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذى يتعقب السكل الاسم دون الفعل ، يقال : كل رجل وكل امرأة ، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل ، والذى يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم ، يقال كلما ضرب وكلما دخل ، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو

(١) ونظير هذه المسألة مسألتان : مسألة ذكرت فى ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة ، ولم يذكر السرخسى فى كتابه التى ذكرت هنا قال : « وإن قال : أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها إن مات أو لم يمت » لأنها بنفس العقد استحقت اسم الأولية بصفة التفردية « فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر : نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ، ومهر بالدخول بها » لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء ، والوطء فى غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر ، فإذا سقط الحد لشبهة وجب المهر . ومسألة ذكرت فى ص ١٢٩

قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئاً حراماً قبل ذلك ، فإن
أباحنية رضى الله عنه كان يقول : لاحد عليه ولا لعان . وبه نأخذ . وكان
ابن أبي ليلى يقول : عليه الحد ^(١) . ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد

وهي ولو قال : كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها
فى كل مرة . لم يذكر هذا (أى محمد) فى الأصل . قال أبو يوسف فى الأمالى : تطلق
اثنين وعليه لها مهران ونصف ، وقال محمد : تطلق ثلاثاً وعليه لها أربعة مهور
ونصف ، ذكره فى الرقيات . وجه تخريج أبى يوسف أنه لما تزوجها وقعت
تطليمة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول ، ثم لما
تزوجها وقعت تطليمة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجمية عنده ، لأنه تزوجها قبل
انتضاء عدتها منه ، وبنفس الزوج وجب مهر آخر ، وذلك مهران ونصف ، ثم
بالدخول يصير مراجعاً والتزوج فى المرة الثالثة لغو فعنده بتطليمة وعليه لها مهران
ونصف . وتخريج قول محمد أن بالتزوج الأول وقعت تطليمة ووجب نصف مهر
بالطلاق ومهر بالدخول ، وكذلك بالتزوج الثانى والثالث ، لأن عنده وإن حصل
التزوج فى العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول ، فتطلق
ثلاثاً ، وعليه أربعة مهور ونصف . ولو قال : كلما تزوجتك فأنت طالق بائن
والمسألة بحالها ، فعند محمد هذا والأول سواء ، وعند أبى يوسف تطلق ثلاثاً بكل
تزوج تطليمة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف ، لأن بالعقد الثانى والثالث فى العدة
كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام ، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام ، فإذا
جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفاً

(١) وفى باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١ : وإذا قذف امرأته وقد
زنت فلا حد عليه ولا لعان ، لأنها ليست بمحصنة ، وهو صادق فيما رماها به من
الزنا . وكذلك إن وطئت وطئاً حراماً ، يريد الوطء بشبهة ، وعن أبى يوسف قال :
يلاعنها ، وهو قول ابن أبى ليلى ، لأن هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة
والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطء المنكوحه فى حالة الحيض ، ولكننا نقول :
وطء غير مملوك فيكون فى معنى الزنا فيسقط به الاحصان ، ولكن لا يجب به

في قول أبي حنيفة . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليه الحد ^(١) ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد للعان

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : لا حاجة لي فيك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق . وبه نأخذ ^(٢) .

الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه ، فلو أوجبنا على قاذفها الحد والعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة ، وبهذا فارق حكم النسب والعدة ، لأنه يثبت مع الشبهة

(١) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج ٩ ص ١١٦ : باب الشهادة في القذف قال : ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مههما . وحكى عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بالزنا مههما فعليه الحد ، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقا وإنما يكون صادقا إذا نسبه إلى ذلك الزنا بعينه فقيما سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به ، ولكننا نقول : رمى المحصن موجب للحد بالنص ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات » والمحصن لا يكون زانياً ، فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير المحصن ، وهو صادق في نسبه إلى أصل الزنا فلا يكون ملتزماً للحد

(٢) قلت : وهو قول محمد أيضاً ، أفاده في المبسوط بقوله : عندنا . واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال : لأنه نفي حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه ، وأما مادامت محللة في حقه فله فيها حاجة طبعاً أو شرعاً ، لأن النساء خائنن لحوائج الرجال لإيهن فكان هذا وقوله : أنت محرمة على سواء ، ولكننا نقول : قوله لا حاجة لي فيك بمنزلة قوله : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق ، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً . والأصل فيه ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرغبها رغبة فقال : « لا حاجة لي إلى النساء » الحديث . ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك

[وكان ابن أبي ليلى يقول : هي تطلق ثلاثاً^(١)] وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة : لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك ؟ فليس فى شىء من هذا طلاق

قال : وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهى حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر فى نصف قيمته ، فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : هو عبد ما بقى عليه شىء من السعاية وعلیه حد العبد . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو حر وعلیه اللعان . وبه نأخذ . وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى . ولو قذف رجل هذا العبد الذى يسعى فى نصف قيمته لم يكن عليه حد فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، لأنه بمنزلة العبد ، وكان على قاذفه الحد فى قول ابن أبي ليلى . وبه نأخذ^(٢) . ولو قطع هذا العبد يد رجل متعمداً لم يكن عليه

(١) زيادة من المبسوط ، وسقطت هذه الجملة من الأصل ، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما

(٢) وفى المبسوط ج ٧ ص ٢٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء : أكثر مسائل هذا الباب تلبنى على أصل أبي حنيفة رحمه الله ، فإن العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار فى النصف الباقى إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاها فى النصف الباقى فى نصف قيمته ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعى يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شتصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك » إلى أن قال : واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شتصاً له فى عبد فان كان موسراً فعليه خلاصه ، وإلا فقد عتق ما عتق ورق مارق » وقال على رضى الله عنه : يعتق الرجل من عبده ما شاء . وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم « فهو حر كله » سيصير حرراً كله باخراج الباقى إلى الحرية بالسعاية

القصاص في قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وبه نأخذ ، وهو بمنزلة العبد ، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى ، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك ، وهو في قول أبي حنيفة رضى الله عنه بمنزلة العبد مادام عليه درهم من قيمته . وكذلك هو في قولهما جميعاً لو أعتق جزءاً من مائة جزء أو بقي عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى . وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعتقها أحد موليتها وقضى عليها بالسعاية للآخر ، لم يكن لها خيار في النكاح في قول أبي حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق ، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها . وبه نأخذ^(١) . ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة

فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه ، وهو مذهبنا ، ولأن هذا لإزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع . وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق ، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعتوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل ، كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل ، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له ، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ، ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله ، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق ، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق ، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ الخ . وأطال وأجاد . قلت : ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب : اللعان ، وحد القذف ، والعتاق

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلهما ، وهذه المسألة إلى ختمها وهو قوله : بمنزلة الحررة من تفرعات المسألة المذكورة قبلها ، والفروع في هذا الباب

رضى الله عنه عدة أمة وطلاق أمة ، وكانت عدتها وطلاقها فى قول ابن أبى ليلى عدة حرة وطلاق حرة . ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذى له عليها السعاية . فهى فى قول أبى حنيفة بمنزلة الأمة ، وفى قول ابن أبى ليلى بمنزلة الحرة

قال : وإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدرى أحمى هو أم ميت أو فلان ميت قد علم بذلك ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليها الطلاق . وبهذا نأخذ^(١) . وكان ابن أبى ليلى يقول : يقع عليها الطلاق . قال أبو حنيفة : وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان ؟ قال : وإذا قذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو يجحد ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : يلاعن . وبه نأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : يلاعن ويضرب الحد^(٢)

بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجزى عند الامام دون ابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد ، رضى الله عنهم

(١) قلت : وهو قول محمد أيضا . قال السرخسى فى مبسوطه : ولو قال لها : أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدرى أحمى أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك ، لم تطلق عندنا . وقال ابن أبى ليلى : هى طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعدموته ، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق ، ولكننا نقول : التعليق بشرط لا يكون له تحميماً للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعاً ، وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً إلى أن يوجد الشرط ، فإذا كان الشرط مما يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً إلى أن يوجد الشرط ، وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعاً أصلاً

(٢) وفى المبسوط ج ٧ ص ٤٤ « وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما . وعلى قول ابن أبى ليلى يلاعن ويحد . أما اللعان

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه : طلقها ، فإن أبا حنيفة كان يقول : ليس هذا باقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقراراً بالنكاح؟ وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا إقرار بالنكاح

قال : وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها

فلأن الثابت بالبيعة كالثابت باقرار الخصم . ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد . ولكننا نقول : إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ ولهذا لا يحد (١) وفي الهداية : « وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فتمال المولى : طلتها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد ، لأن رد هذا العتد ومثاركته يسمى طلاقاً ومفارقة ، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى ، فكان الحمل عليه أولى . وقال في العناية : ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد : طلقته كان متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة ، لأنه أليق بحال العبد المتمرد ، وقوله : أو هو أى الرد أدنى ، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع » فكان الحمل عليه الأولى . فان قيل : قوله طلتها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف وبجاز في المتاركة ، والعمل بالحقيقة يمكن فكيف صير إلى المجاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك ، وهي الافتيات على رأى المولى « وإن قال : طلتها تطليقة رجعية أو تطليمة تملك الرجعة فهذا إجازة ، لأن الطلاق الرجعى لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة . وفي المبسوط : وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه : طلتها فهذا لا يكون لإجازة للنكاح عندنا ، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة ، لأنه أمره بإيقاع الطلاق ، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح . ولكننا نقول : قوله طلتها بمنزلة قوله : فارقها أو دعها أو أتركها أو خل سبيلها ، وشيء من هذا لا يكون لإجازة للنكاح . يوضحه أن الطلاق مشتق من الاطلاق وهو الارسال ، وفي إجازة النكاح إثبات القيد ، فالأمر بالارسال لا يكون لإثباتاً للقيد منه

خامسة ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أجزئ ذلك وأكرهه (١) له . وكان ابن أبي ليلى يقول : هو جائز . وبه نأخذ

قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها الميراث مالم تتزوج

قال : وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فجدد ذلك الزوج وادعته

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٨ : رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ، ثلاثاً أو واحدة بائة أو خلعهما ، لم يجزله أن يتزوج أخرى مادامت في العدة ، لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأختين ، فكما أن هناك العدة تعمل على حتمية النكاح في المنع فكذا هنا . وقال في ص ٢٠٢ : ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن ، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها في عدتها . وقد روى مثل مذهبه عن زيد ابن ثابت رضى الله عنه ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى ذكر في الأمل رجوع زيد عن هذا القول ، وذكر الطحاوى رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها ، وحكى أن مروان شاور الصحابة رضى الله عنهم في ذلك فاتفقوا على أنه يفرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة السلماني : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت ، والمحافظة على الأربع قبل الظهر ، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث . وكان الحسن البصرى رحمه الله يقول : إن كانت حاملاً فليس له أن يتزوج أختها ، وإن كانت حائلاً فله أن يتزوجها ، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الامام وصاحبيه ، وفصل وأطال

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٥٤ : وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائة ثم مات وهي في العدة ، فلا ميراث لها منه في القياس ، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالى ، وفي الاستحسان ترث منه ، وهو قولنا . وقال ابن أبي ليلى : وإن

عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلّفه القاضي ، فان أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لاميراث لها . وبه نأخذ (١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها الميراث إلا أن تقر بعد موته أنه كان طلقها ثلاثاً

مات بعد انتضاء عدتها ترث منه مالم تتزوج بزواج آخر ، وهو قول الشافعى . وقال مالك رحمه الله تعالى : وإن مات بعد ما تزوجت بزواج آخر فلها الميراث منه . وجه التماس أن سبب الارث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطبيقات ، والحكم لا يثبت بدون السبب ، كما لو كان طلقها قبل الدخول ، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى . ولو انتقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه ، فكذلك إذا انتطعت الزوجية ، ولكننا استحسنا لانفقاء الصحابة رضى الله عنهم ، فتد روى إبراهيم قال : جاء غروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضى الله تعالى عنه بخمس خصال ، منهن : إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة . وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن الحصن الفزارى كانت تحت عثمان بن عفان رضى الله عنه ففارقها بعد ما حوصر فجاءت إلى على رضى الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك ، فقال : تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها ، وورثها منه . وأن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطبيقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان رضى الله عنه وقال : ما اتهمته ولكنى أردت السنة . وعن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفارترث ما دامت في العدة . وعن أبي بن كعب رضى الله عنه أنها ترث مالم تتزوج . وقال ابن سيرين : كانوا يقولون : من فرم كتاب الله تعالى رد إليه ، يعنى هذا الحكم ، والتماس يترك باجماع الصحابة رضى الله عنهم الخ والتفصيل فيه فن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إلى المبسوط

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في صحته لجحد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلّمه القاضي على ذلك فلاميراث لها منه عندنا ، لوجود الافرار منها بارتفاع النكاح في حالة الصحة ، ولأنها تعلم أن سبب الارث غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة ، وعلى قول ابن أبي ليلى : لها الميراث منه إلا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً ، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضي

قال : وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لها نصف المهر^(١) وبه نأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها المهر كاملا

وإذا قال الرجل لامرأته : إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها . وبه نأخذ^(٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : يقع عليها الطلاق

بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكديماً منه لها في ذلك الاقرار ، والمقر متى صار مكذباً شرعاً في إقراره يبطل حكم ذلك الاقرار ، فلهذا كان لها الميراث إلا أن يقر بعد موته إقراراً مستقبلاً أنه كان طلقها ثلاثاً ، ولكننا نقول : القاضى بعد يمينا الزوج لا يقضى بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبيح ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها في الدعوى ، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة ؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الاقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء

(١) وفي الهداية : وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الخلوحة صحيحة ، حتى لو طلقها كان لها نصف المهر ، لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر . وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ، وهذا التفصيل في مرضها . وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة . والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعاً . قلت : المراد من المانع الشرعى النهى الذى ورد بقوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » وأما المانع الطبعى فهو الدم ، لأن طبيعة الانسان تكبره وتعافه وفيه تلويث بعض الأعضاء بالدم . وأما المرض العارض لأحدهما فمانع حتى

(٢) وفي المبسوط : وإذا قال الزوج لامرأته : إن ضمنت إليك أخرى فأنت

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : هي طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف ونصف من ذلك بالطلاق ، ومهر بالدخول . وبه نأخذ^(١) . وكان ابن أبي ليلى يقول : لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء . ومن حجته في ذلك أن رجلا آلى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته ، ثم أتى^(٢) ابن مسعود رضى الله عنه طالق واحدة فطلعتها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها ، فانها لا تطلق عندنا . وقال ابن أبي ليلى : تطلق ، لأن عنده اليمين انعقد صحيحا في الملك ، والشرط وجد في الملك أيضا ، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها ، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعتا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها ، ولكننا نقول : قوله إن ضمنت إليك امرأة أخرى بمنزلة قوله : إن تزوجت عليك ، وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه ، فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فانما ضمها هي إلى الأخرى ، ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ؟ ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحاً بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة

(١) قلت : وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب ، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكر هنا : هي طالق واحدة بائنة ، ولم يذكر هناك : بائنة ، وزاد هنا احتجاجهما لها . وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية

(٢) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الامام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس آلى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها ثم خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا : أصبت من فلانة ؟ قال : نعم . قالوا : ألم تكن آليت منها ؟ قال : بلى . قالوا : نراها قد بانث منك ! فانطلقوا إلى عاقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئا . وانطلق بهم عاقمة إلى عبد الله رضى الله عنه

فأمره أن يخطبها بخطبها وأصدقها صداقا مستقبلا ، ولم يبلغنا أنه جعل في ذلك الوطاء صداقا . ومن حجة أبي حنيفة رضى الله عنه أنه قال : قد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر ، وجامعها بشبهة فعليه المهر ^(١) ، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد . وقال أبو حنيفة : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صداق ^(٢) لا بد من الصداق ، إذا درأت الحد وجب الصداق ، فذكروا له أمره وأمرها فقال : أخبرها أنها قد بانت منك وخطبها ، ففعل وأصدقها مائة فضة . وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد في آثارهما . قال محمد : وبه نأخذ . ونرى عليه صداقا لوقوعه عليها قبل النكاح الثانى ، وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان . وأخرجه ابن خسر وأيضاً فى مسنده من طريق ابن زياد عنه . قلت : ورواه ابن شيبه عن سفیان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة ، قال : آلى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فينما هو جالس فى المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال : أعلمها أنها قد ملكت أمرها ، إلى آخره ، ذكره فى الجوهر النقى

(١) أخرج الطحاوى بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فى عدتها فرفع إلى عمر رضى الله عنه فضرهما دون الحد وجعل لها الصداق . وقال البيهقى : قال مسروق : رجعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن قوله فى الصداق وجعله لها بما استحلت من فرجها . وفى البحر الرائق ج ٣ ص ١٦٩ : وإنما وجب المهر فى الفاسد بالوطء عملاً بحديث السنن : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » ثلاث مرات . فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فصار أصلاً للمهر فى كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والأمة كما قدمناه (٢) روى أبو يوسف فى آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق . وروى محمد عنه فى الآثار عن حماد عن إبراهيم قال : إذا دخلت المرأتان كل واحدة على أخى زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحلت من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضى عدتها . وروى البيهقى نحوه عن علي رضى الله عنه

وإذا لم أجعل الصداق فلا بد من الحد . قال أبو يوسف : حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه : لها مهر ونصف مهر ، مثل قول أبي حنيفة وإذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار ، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضيا الله عنهما قالا : لا يقع الطلاق ^(١) . ولو قال : أنت طالق إن شاء الله ولم يقل : إن دخلت الدار ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال : لا يقع الطلاق . وقال : هذا والأول سواء . وبه نأخذ . حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك : لا يقع الطلاق ولا العتاق ^(٢) وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان ^(٣) عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : لا يقع الطلاق ^(٤) [وقال ابن أبي ليلى : يقع الطلاق هنا ،

(١) قال السرخسي في المبسوط محتجاً لهما : لقوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه » ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة . قال الله تعالى : « ستجدني إن شاء الله صابراً » ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك . والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، وقد قررنا هذا في الإيمان

(٢) ورواه في كتاب الآثار أيضاً عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال : إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، فليس بشيء ولا يقع الطلاق . وأخرجه محمد أيضاً في آثاره ، ولفظه : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله . قال محمد : وبه نأخذ . وهو قول أبي حنيفة

(٣) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العزمي الفزارى أبو محمد الكوفي أحد الأئمة . روى عن أنس وسعيد بن جبير ، وعنه شعبة والسفيانان وخلق . وثمه ابن معين والنسائي ، قال الترمذي : وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لانعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . روى له الخمسة والبخارى تعليقا .

مات سنة ١٤٥

(٤) وأخرجه في آثاره أيضاً بهذا السند . وروى عن غالب بن عبيد الله عن

وكذلك العتاق^(١)

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجا ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : هي على الطلاق كله . وبه نأخذ^(٢) . وقال ابن ليلي : هي على ما بقى

عطاء أنه قال : إذا قال أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق وليس بشيء . وأخرج القاضى أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله ، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق ، والارادة يقع به الطلاق . وروى البيهقي عن ابن عمر مرفوعا : « إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى » وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » قال الترمذى : حديث حسن . وقد روى موقوفاً . وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله ، ورجاله ثقات

(١) قلت : سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مبسوط السرخسى . قال السرخسى : وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده في اليمين بالطلاق وبالعتاق . وقوله : أنت طالق أو أنت حرة ، ليس بيمين . ثم قوله : إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق ، لأن قوله : أنت طالق أو أنت حرة وصف فيليق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق ، ولكننا نقول : قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة ، والايقاع في هذا والتعليق سواء : والأصل فيه قوله تعالى : « ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله »

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم وأصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ، وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقى من طلاقها ، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران

ابن الحصين وأبي هريرة رضى الله عنهم ، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشائخ من الصحابة رضوان الله عليهم ، والمشائخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم . وحجة محمد فى ذلك أن الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث ، قال الله تعالى : «حتى تنكح زوجا غيره» وكلمة حتى للغاية حقيقة ، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شىء من تلك الحرمة ، لأنها متملئة بوقوع الثلاث ، وبعض أركان العلة لا يثبت شىء من الحكم فلا يكون الزوج الثانى غاية ، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أستشير فلاناً ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا ، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين ، وإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها . ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات ، فكذلك هنا ، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا : إصابة الزوج الثانى بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية فى الحكم المختص بالطلاق ، كما بعد التطليقات الثلاث . وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالأجنبية التى لم يتزوجها قط فبالطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثانى . ثم الدليل على أن الزوج الثانى رافع للحرمة لأمته أن المنهى يكون متقررأ فى نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثانى ، فدل أنه رافع للحرمة ، ولأنه موجب للحل ، فان صاحب الشرع ساء محلاً فقال صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » وإنما كان محلاً لكونه موجباً للحل ، ومن ضرورته أنه يكون رافعاً للحرمة . وبهذا تبين أن جعله غاية مجاز ، وهو نظير قوله تعالى : « بأيتها الذين آمنوا لا تقر بوا الصلاة وأتم سكارى حتى تعلوا ما تقولون ، ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا » والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنبان . والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها ، حكم زوال الملك لا يثبت موقتا ، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح . وإذا ثبت أن الزوج الثانى موجب للحل فانما يوجب حلا لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات ، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به . ولما

باب الحدود

قال أبو يوسف رضى الله عنه : وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة جلدة ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول : لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال : كفى بالنفى فنتة (١) . وبه نأخذ (٢) . وكان ابن أبي ليلى يقول : ينفى ستة إلى بلد غير بلد

كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ، ولأن يمنع بثبوتها إذا اقترن بأركانها أولى الخ . قلت : وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الامام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار . ثم قال : وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة . وأما قولنا : فهى على ما تبقى من طلاقها ، إذا بقي منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومناذ بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضى الله عنهم . وأخرجه ابن خسر من طريق ابن زياد عنه

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه عن الامام عن حماد عن إبراهيم عن علي رضى الله عنه ، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال : غرب عمر ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خير فلحق بهرقل فقتصر ، فقال عمر : لا أغرب بعده مسلما ، ذكره القارى في شرح مختصر الوقاية

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ٤٣ : ولا يجمع بين الجلد والرجم ، ولا بين الجلد والنفى . أما في حق الجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن فقد بيناه ؛ وأما في حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفى عندنا . إلى أن قال : وحجتنا فيه قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فقد جعل الجلد جميع حد الزنا ، فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ . وروى أن مخدجا سقيا وجد على بطن أمة من إماء الحى يفجر بها ، فأتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اضربوه مائة . فقالوا : إن بدنه لا يحتمل الضرب . فقال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها »

ولم يأمر بالتغريب ولو كان ذلك حداً لتكاف له كما تكاف للحد ، لأن عمر رضى الله عنه جلد أبا بكره رضى الله عنه فى داره على الزنا وأمر امرأته أن تكتم ، فلو كان التغريب متمماً للحد لما أمرها بالكتمان ، لأن ذلك لا يتصور . ولما نفى شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال : والله لا أنفى أحداً بعد هذا أبداً . فلو كان مشروع حداً لما حلف أن لا يقيمه . قال على رضى الله عنه : « كفى بالنفى فتنه » والحد مشروع لتسكين الفتنة فإى يكون فتنه لا يكون حداً . وعن إبراهيم أن علياً وابن مسعود رضى الله عنهما اختلفا فى أم ولد زنت بعد موت مولاها ، قال على رضى الله عنه : تجلد ولا تنفى ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه : تنفى . وأخذنا بقول على رضى الله عنه لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد . ومعنى هذا ما ذكره فى الكتاب قال : رأيت شابة زنت أكننت أنفها ؟ أى فى نفها تعريض لها مثل ما ابتليت به ، فانها عند أبويها تكون محفوظة ، فى دار الغربة تكون خليعة العذار ، والنساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن . وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحفاظ والاستحياء ، وذلك يندعم بالتغريب فىكون تعريضاً لها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المانع . وهذا أولى مما قاله الخصم ، لأن ما ينشأ عن الصحة والمؤانسة يكون مكتوماً ، وما ينشأ عن الواقعة يكون ظاهراً ، فان فى هذا قطعاً لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم ، ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحة وهو أخش . ثم قال : رأيت أمة زنت أكننت أنفها فأحول بينها وبين مولاها ، وبين خدمتها ، وحق المولى فى الخدمة مرعى وهو مقدم على الشرع ؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفى ، فكذلك الحرة ، لأن الله قال : « فعلمن نصف ما على المحصنات من العذاب » وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت أن كاله مائة جلدة . ثم لا يجوز أن تنفى الحرة مع المحرم ، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد ؟ وبدون المحرم هى ممنوعة عن المسافرة شرعاً ، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعاً . وأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين ، حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعة فى دار الاسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك . فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان فى الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور . والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير . إلى أن قال : وإن ثبت النفى على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد ، كما نفى رسول الله صلى الله عليه

الذى فجر به . وروى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أبي بكر
وعلى رضى الله عنهما (١)

قال : وإذا زنى المشركان وهما ثيبان ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال :

وسلم هيت المنخت من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج من المدينة
حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى نخر فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج
فنفاه ، والجمال لا يوجب النقي ، ولكن فعل ذلك للصلحة ، فانه قال : وما
ذنبى يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أظهر دار الهجرة
منك . وقول ابن أبي ايلي فى النقي كقول الشافعى إلا أنه يقول : ينفى إلى بلد غير
البلد الذى فجر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعى لا يكون النقي دون
مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركمانى . قلت : ماورد فى هذا الباب من النقي
محمول على أنه كان تأديباً لرفع الفساد لاحقاً ، كما ينفى الامام أهل الدعارة وكنفيه
عليه السلام . وقد ذكر البيهقى فى باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذى قتل
عبده سنة . وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن عمر
غرب ربيعة بن أمية فى الخمر إلى خير فلهق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر قال : والله
لا أعرب بعدها أبداً . وروى أيضاً عن أبي حنيفة بن حماد عن إبراهيم قال : قال
عبد الله فى البكر يزنى بالبكر : يجلدان مائة وينفيان سنة . قال : وقال على :
حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولما لم يكن فى حد القذف والخمر تغريب دل على أنه
تأديب له لدعارته

(١) روى الترمذى عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله
عليه وسلم ضرب وغرب ، وأن أبا بكر ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب ،
وحديث النقي رواه أبوهريرة وعبادة بن الصامت رواه البخارى وغيره من أصحاب
الصحاح والسنن . وأخرج البيهقى من طريق هشيم عن الشيبانى عن الشعبي أن علياً
رضى الله عنه جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة .
وروى البيهقى عن أبي بكر وعمر أيضاً ، وروى البخارى أن عمر كان ينفى من المدينة
إلى البصرة أو إلى خير

ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول : عليهما الرجم .
ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم « أنه رجم يهودياً ويهودية (١) » . وبه نأخذ (٢)

(١) ورواه البخارى أيضاً من طريق مالك عن نافع ، ومن طريق عبد الله
ابن دينار عن ابن عمر . وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه كلهم عن
مالك عن نافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضاً من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع
عن ابن عمر

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ٣٩ : فأما الاسلام شرط في قول علمائنا ، وعن
أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعى ، لحديث ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا ، وزاد في بعض الروايات : وقد أحصنا . والمعنى
فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سبها فيقام عليه ، كما يقام على المسلم
كالجلد والقطع والقتل في القصاص ، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقد حرمة سببه .
إلى أن قال : وحجتنا قواه عليه الصلاة والسلام : « من أشرك بالله فليس بمحصن »
قلت : أخرجه إسماعيل بن راهويه والدارقطنى والبيهقى من طريق نافع عن ابن عمر
معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال ، والرجم لا يقام إلا على
من هو كامل الحال . والاعتقاد في المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت
بالنكاح الصحيح شرط لا يجاب الرجم ، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته
بإصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط
أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة . وتبين بهذا أن ما يشترط
لاقامة الرجم يشترط بطريق هونعمة ، فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو
نعمة ، وذلك بالاسلام بل أولى ، لأن أصل النعمة ، في الوطء بملك اليمين موجود
إنما انعدم نهايتها ، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر ، وتأثيره أن الجريمة
كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله
صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى : « يضاعف لها العذاب
ضعفين » لزيادة النعمة عليهن . وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: لا تقام الحدود في المساجد^(١). وروى

لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر، فبدن العبد أكثر احتمالاً للحد من بدن الحر، فعرفنا أن زيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فانما رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا في كتابهم الرجم فرجمهما، وقال: «أنا أحق من أحيا سنة أماتوها؟ وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمهما بحكم التوراة، ولم يكن الاحصان شرطاً في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاذ، ولو ثبت فمراده الاحصان من حيث الحرية، كما في قوله تعالى «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم الغساني عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عنها وقال: إنها لا تحصنك. وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله بن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن مغيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتزوج اليهودية والنصرانية ثم يفجر قالاً: يجلد ولا يرحم. وروى عن أبي حنيفة الامام عن حماد عن ابراهيم قال: لا يحصن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته

(١) قلت: وكرر هذه المسألة، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقتها إلا أن السرخسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة. قال: وهو أى القاضى ممنوع من إقامة الحد فيها «أى في المساجد» الحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقام الحدود في المساجد» والحديث حكيم بن حزام رضى الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث

ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١). وبه نأخذ (٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك قال أبو يوسف رضى الله عنه: وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: ظننت أنها تحل لى، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: يدرأ عنه الحد (٣)

(١) قلت: لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الامام. وأخرج ابن ماجه من طريق عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لاتقام الحدود في المساجد» وروى من طريق ابن لهيعة عن محمد بن مجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن جلد الحد في المساجد. وروى أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى على رضى الله عنه فساره فقال: ياقتبر أخرجه من المسجد وأقم عليه الحد. قال: وحدثنا ليث عن مجاهد قال: كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروى البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثيمة عن حكيم ابن حزام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك)

(٢) قلت: وهو قول الامام محمد أيضاً ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف، قال الامام أبو يوسف في الخراج: ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو الخ

(٣) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية: قال أبو يوسف: ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عدتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما، فانهما لم يريا في ذلك حدا ولكنه يفرق بينه وبينها، وكذلك من رفع اليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه، وكذلك الذى يطاء مكاتبته، وكذلك الذى يطاء جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه اذا قال: لم أعلم أنهم يحرم على، فان قال: قد علمت أن ذلك حرام على، أقيم عليه الحد. ولا حد على من وطئ جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال: قد علمت أنها حرام على، لما جاء

فاذا أقرب ذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر^(١). وبه نأخذ^(٢). وقال ابن أبي ليلى وأما أسمع : أقر عندى رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له : أو طئتها؟ قال : نعم . فقال له : أو طئتها؟ قال : نعم . فقال له : أو طئتها؟ قال : نعم . قال له الرابعة : وطئتها؟ قال : نعم . قال ابن أبي ليلى : فأمرت به فجلد الحد^(٣)

في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية ذى رحم محرم منه سوى ماسميت فعليه الحد . قال : حدثنا اسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن نعيم قال : سئل ابن عمر رضى الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليهما أحدهما قال : ليس عليه حد . قال : وحدثنا المغيرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن علي رضى الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته فدرأ عنه الحد . قال : وحدثنا اسماعيل عن الشعبي قال : جاء رجل إلى عبد الله فقال : إني وقعت على جارية امرأتى ، فقال : اتق الله ولا تعد . قال : وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال : ليس عليه حد ، وجارية الجد والجدة مثل جارية الأم والأب

(١) والمراد من المهر العقر ، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر ، وإذا درى الحد عنه وجب عليه العقر . قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطئ جارية ابن الابن : ولا شيء على الجد من قيمة الأمانة ، لأنه لم يتملكها ، وعليه العقر لأن الوطئ قد ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية الخ

(٢) وبه قال الامام محمد أيضاً — أفاده السرخسى بقوله : عندنا

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩١ : وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الاقرار بالشهادة بعلته أنه أحد حجتي الزنا ، ثم في الشهادة المعبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس ، فكذلك في الاقرار . وقال في ص ٩٢ : وابن أبي ليلى يستدل بهذا الحديث أيضاً (أى حديث إقرار ماعز) ويقول : المذكور عدد الاقارير دون اختلاف المجالس . ولكننا نقول : قد وجد اختلاف مجالس المقر على ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع ، وفي رواية قال : اذهب ويالك فاستغفر الله ! فذهب حتى غاب عن

بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع ، فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضى ، حتى إذا غاب عن بصر القاضى فى كل مرة يكفى هذا لاختلاف المجالس . والذى روى أنه أقر خمس مرات فانما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه فى مجلس واحد فكانا كإقرار واحد . وروى أن أبا بكر رضى الله عنه قال له : أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفى رواية قال : إياك والرابعة فانها موجبة . وعن بريدة الأسلمى قال : كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث أن ما عزا لـو جلس فى بيته بعد ما أقر ثلاثا ما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه من يرمه ، فدل على أن اشتراط عدد الأقرار كان معروفا بينهم . والمراد من قوله : « فان اعترفت فارجمها » الاعتراف المعروف فى الزنا ، وهو أربع مرات . والصحيح من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات . هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله ، إلا أن الأقرار منها كانت فى أوقات مختلفة قبل الوضع ، وبعد الوضع ، وبعد ما طهرت من نفاسها ، وبعد ما فطمت ولدها ، ولهذا لم تتفق الرواية على نقل الأقرار الأربعة فى حديثها . والذى روى أنها قالت : « أتريد أن ترددنى كما رددت ما عزا ؟ » لا يكاد يصح ، لأن ترديد ما عزا كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعى ، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليظ ما لم يظهر فى سائر الأشياء . الخ والتفصيل فيه . وفى كتاب الخراج ص ١٩٤ قال : ومن أتى الامام فأقر عنده بالزنا فلا ينبغى له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فاذا أتاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه ، سأل عنه هل به لم ؟ هل به جنون ؟ هل فى عقله شيء ينكر ؟ فاذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد . فان كان محصنا فالرجم . والذى يبدأ بالرجم فى الإقرار الامام ، ثم الناس ، وإن كان بكراً أمر بجلده مائة جلدة . هكذا بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل بما عزا ابن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا ، حدثنا محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : جاء ما عزا بن مالك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إني زنيت ، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات ، فأمر به فرجم ، فلما أصابته الحجارة أدبر يشد فلقية رجل بيده لحي جمل فضره به فصرعه ، فذكر للنبى

وأمرت الجلاوز^(١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الجسر نفيماً . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس ينبغي للحاكم أن يقول له : أفعلت ؟ ولا نوجب عليه الحد باقرار أربع مرات فى مقام واحد . ولو قال : وطئت جارية أمى فى أربعة مواطن لم يكن عليه حد ، لأن الوطء قد يكون حلالاً وحراماً فلم يقر هذا بالزنا^(٢) ، والله تعالى أعلم

صلى الله عليه وسلم فراره حين مسته الحجارة ، فقال : « هلا تركتموه » . وقد بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال : « هل تعلمون بعقله بأساً ؟ هل تنكرون منه شيئاً ؟ » فقالوا : لانعله إلا وفى العقل من صلحائنا فيما نرى (١) فى المغرب : الجلاوز عند الفقهاء : أمين القاضى ، أو الذى يسمى صاحب

المجلس . وفى اللغة : الشرطى ، والجمع جلاويز وجلاوزة

(٢) وفى المبسوط ج ٩ ص ٩٦ : وحكى عن ابن أبى ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له : أو طئتها ؟ قال : نعم . حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد . وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا القضاء من أوجه : أحدها أن باقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد مالم يقر بصرح الزنا ، والثانى وهو أن القاضى ليس له أن يطلب الاقرار فى هذا الباب بقوله : أفعلت ؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع ، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بجرمتها وينبغى له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد مالم يعلم علمه بجرمة ذلك الفعل

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم . وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذى القعدة الحرام من شهور سنة ١٣٥٧ . وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وسلم تسليماً كثيراً . والحمد لله رب العالمين

فهرس مضامين : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

للإمام أبي يوسف قدس الله سره

صفحة	المضمون	صفحة	المضمون
٩٠	» في الأوصياء	٣	مقدمة اللجنة بقلم الأستاذ
٩٣	» في الشركة والعتق وغيره		أبي الوفا الأفغانى
٩٨	» في المكاتب	٩	فاتحة الكتاب
١٠٠	» في الإيمان	١١	باب الغصب
١٠٤	» في العارية وأكل الغلة	١٥	» الاختلاف في العيب
١٠٥	» في الأجير والاجارة	٢٠	» بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
١٠٨	» القسمة	٣٠	» المضاربة
١٠٩	» الصلاة	٣٣	» السلم
١١٥	» صلاة الخوف	٣٥	» الشقعة
١٢٢	» الزكاة	٤١	» المزارعة
١٣١	» الصيام	٤٣	» الدعوى والصلح
١٣٦	» في الحج	٤٥	» الصدقة والهبة
١٤٣	» الديات	٥٠	» في الوديعة
١٥٢	» السرقة	٥٣	» في الرهن
١٥٨	» القضاء	٥٤	» الحوالة والكفالة في الدين
١٦٣	» الفرية	٦١	» في الدين
١٦٩	» النكاح	٧٨	» في الإيمان
١٨٦	» الطلاق	٨١	» الوصايا
٢١٨	» الحدود	٨٣	» المواريث

فهرس أسماء الرواة

صفحة	صفحة
(س)	(ا)
سعید بن جبیر الوالی ۱۲۱	۹۰ إبراهيم بن محمد بن المنتشر
سعید بن أبی عروبة ۱۹۶	۴۹ إبراهيم بن يزيد النخعی أبو عمران
سليمان بن مهران الأعمش أبو ۴۹	الكوفي
محمد الكاهلي مولا هم الكوفي	۱۸۶ أشعث بن سوار
(ش)	(ح)
ش. احييل بن آدة أبو الأشعث ۸۹	۳۹ حجاج بن أرطاة أبو أرطاة
الصنعاني	النخعی الكوفي
شريح بن الحارث أبو أمية الكندي ۶۷	۳۸ الحسن بن عمارة أبو محمد الكوفي
الكوفي القاضي المخضرم	قاضي بغداد
شريد بن سويد الثقفي ۴۰	۳۸ الحكم بن عتيبة أبو محمد الكوفي
(ع)	الكندي
عامر بن شراحيل الحميري الشعبي ۸۹	۵۲ حماد بن أبي سليمان مسلم أبو إسماعيل
أبو عمرو	الأشعري الكوفي
عامر بن عبد الله بن مسعود ۱۴۲	۳۰ حميد بن عبد الله
أبو عبيدة الهذلي	(خ)
عامر بن عبد الواحد الأحول ۱۹۷	۱۴۲ خضيف بن عبد الرحمن الجزري
البصري	(د)
عبد الله بن عبيد الأنصاري ۳۱	۱۴۲ داود بن أبي هند القشيري
عبد الله بن علي أبو أيوب الافريقي ۳۱	أبو بكر المصري
الكوفي	(ر)
عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله ۳۸	۱۳۹ رزين مولى علي بن عبد الله
ابن عباس أبو العباس السفاح	(ز)
عبد الرحمن يعقوب الجهني المدني ۳۲	۳۳ زيد بن خليفة

صفحة	صفحة
٩٠ محمد بن المنتشر	٤٠ عبد الكريم بن أبي الخارق
٩٠ مسروق بن الأجدع	أبو أمية البصرى
٨٩ مطرف بن طريف أبو بكر الكوفى	٢١٥ عبد الملك بن أبي سليمان
الحارثى	٣١ عبيد الأنصارى
(ى)	١٠٩ عبيدة بن المعتب
٣٩ يحيى بن الجزار العرنى الكوفى زبان	٤٩ عطاء بن أبي رباح الجندى المكى
(الكنى)	اليمانى القرشى مولاہم
٨٩ أبو الأشعث هو شراحيل	١٣٩ على بن عبد الله بن عباس الهاشمى
٤٠ أبو أمية عبد الكريم وشرح	٣٩ عمرو بن الشريد الثقفى أبو الوليد
٥٢ أبو جعفر محمد بن على الامام الباقر	الطائفى
٣٨ أبو العباس عبد الله بن محمد	٣٩ عمرو بن شعيب بن محمد السهمى
١٤٢ أبو عبيدة عامر بن عبد الله	القرشى أبو إبراهيم المدنى
٨٩ أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبى	٣٢ علاء بن عبد الرحمن بن يعقوب
(الألقاب والنسب)	أبو شبيل الحرقى المدنى
١٩٧ الأحول عامر بن عبد الواحد	(ق)
٤٩ الأعمش سليمان بن مهران	٧٦ قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله
٥٢ الباقر محمد بن على	ابن مسعود الهندلى قاضى الكوفة
٣٩ زبان يحيى بن الجزار	(ل)
٣٨ السفاح عبد الله بن محمد القرشى	٨٩ ليث بن أبي سليم القرشى الكوفى
الخليفة	(م)
٨٩ الشعبى عامر بن شراحيل	١١٠ مجالد بن سعيد
٤٩ النخعى إبراهيم بن يزيد	٣٨ مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكى
	٥٢ محمد بن على بن الحسين أبو جعفر
	الباقر الهاشمى الامام

بيان الخطأ والصواب

صواب	خطأ	ص	س	صواب	خطأ	ص	س
ماقنت	قنت	١١٢	١٤	ماورد	ماود	٩	١٨
صليت	صيات	١١٣	١٦	حصته	حصه	١٢	١٣
ولا ان	ولا	١١٥	٦	أبي حنيفة محمد		١٥	٢٠
لايجزى	لايجزىء	١٤٨	١١	ص ٩٥	ص ٩١	»	»
البلخي	الثلجي	١٥٤	١	بعد ذلك	بعض ذلك	١٩	٦
وروى	ورى	١٥٤	٢٦	حق حط	حتى حط	»	١٨
ويخبره	ويجبره	١٦٠	١٩	وليس بعد	وايس يعد	٢٣	٨
بنت	ثبت	١٧٦	٢١	التفليس شئء	التفليس شيئاً	٢٤	١
				ألاترى	ألاتر	٤٢	٥
				وواضح	ورائح	٥٧	٢١